



Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol IX. 2017

Estudios • Consultas Relevantes • Contratación Administrativa • Jurisprudencia Relevante

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

Vol. 9. (2017). San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Consejo Editorial

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

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica
Marcela Aragón Sandoval

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante, artículos:

- El fideicomiso de obra pública en Costa Rica y su sistema de control.
- El principio non bis in idem en el Derecho Administrativo sancionador, con especial referencia a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.
- Resolución de conflictos entre la Administración y la Auditoría Interna en virtud de informes de auditoría.

Correspondencia
Contraloría General
de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:
25018518

Fax:
22965713

Correo electrónico:
revista.juridica@cgr.go.cr

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

Índice

Estudios de Colaboradores Nacionales 7

Resolución de conflictos entre la Administración y la Auditoría Interna en virtud de informes de auditoría	9
Potestad de la Contraloría General de la República para disponer sanciones en relación con la Hacienda Pública	29
El principio non bis in idem en el Derecho Administrativo sancionador, con especial referencia a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República	41
Es confiscatorio que los titulares de los fundos sigan construyendo aceras	57
El fideicomiso de obra pública en Costa Rica y su sistema de control.....	65

Estudios de Colaboradores Internacionales 81

La Auditoría General de la Nación en la Constitución de la República Argentina	83
--	----

Consultas relevantes 99

¿Un Gobierno Local, por medio de un convenio, puede transferir aportes a asociaciones o clubes de fútbol de primera división?	100
¿Una municipalidad puede disponer los recursos de la Ley 8114 como garantía de pago de un préstamo para desarrollar proyectos en la red vial cantonal?	100
Alcance de la excepción para ejercer cargos de docencia en el caso de un auditor interno.....	100
Auditoría interna debe considerar las regulaciones institucionales, de previo a promover procesos de capacitación en sus funcionarios.	100
¿Puede la auditoría interna ser el tercero independiente que revise la liquidación presupuestaria?	101
Asociación deportiva privada que administra instalaciones, equipo y mobiliario del municipio debe ejercer funciones de control	101
Personas físicas a cargo de organizaciones privadas que administran fondos públicos son servidores de la hacienda pública	101

Contratación Administrativa 103

CGR analiza dos posiciones diferentes de Sala Constitucional sobre la aplicación de la cláusula penal en materia de contratación administrativa.	104
CGR tiene competencia para conocer recursos administrativos de concursos cuyos fondos provengan de empréstitos	104

Las adendas solamente se refrendan en los casos en que la Ley así lo haya dispuesto	104
El concepto de “proyecto” no es equivalente al de “obra educativa”	104
La certificación de estar al día con las obligaciones de la CCSS ahora se solicitan a través del SICERE	105
Fondos de inversión	105
Oferentes deben prever modelo de sustitución de vacaciones en contratación de servicios de información a usuarios	105
CGR advierte que dar cualquier ventaja al ganador de una licitación anterior es contrario al principio de igualdad.	105

Resoluciones judiciales relevantes..... 107

¿Puede una Administración Pública imponer una sanción por incumplimiento contractual sin necesidad de realizar un procedimiento administrativo?	108
Sala Constitucional confirma potestad sancionatoria de la CGR contra funcionarios municipales.	108
Tribunal confirma que no hace falta demostrar daño para gestionar medida cautelar cuando un servidor público es despedido.	108
Proceso de contratación administrativa continúa normalmente si se rechaza medida cautelar que pretendía suspenderlo.....	108
Se rechaza acumulación de procesos judiciales por no cumplirse con supuestos.	109
Tribunal Contencioso rechaza suspensión de sanción de inhabilitación ya que afectados habían renunciado voluntariamente a sus cargos	109
¿Cuándo procede el acceso del denunciante al expediente administrativo?.....	109
TSE tiene obligación de valorar jurídicamente causas administrativas remitidas por CGR contra funcionarios de elección popular Esta resolución aún no está firme.	110
Sala Primera confirma que no es indispensable nulidad previa de un acto administrativo para sancionar a un funcionario.	110
Tribunal Contencioso Administrativo declara inadmisibles demandas que pretendían anular actos de otro proceso judicial Esta resolución aún no está firme.	110



Estudios de
**Colaboradores
Nacionales**

Resolución de conflictos entre la Administración y la Auditoría Interna en virtud de informes de auditoría

Sumario

I. Introducción. II. Informe de auditoría y comunicación de resultados. 1. El informe de auditoría. 2. Comunicación de resultados. III. Procedimiento para la resolución de discrepancias en la entidad. 1. Informes dirigidos al titular subordinado. 2. Informes dirigidos al jerarca. IV. Procedimiento para plantear conflictos ante la Contraloría General de la República. 1. Planteamiento del conflicto ante la Contraloría General de la República. 2. Cambio de criterio sobre el conflicto en relaciones de hechos. 3. Sobre las causales conocidas por el órgano contralor en materia de conflictos entre la Auditoría Interna y la Administración. V. Conclusión. Referencias.

Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹

¹ Abogada, Contadora Pública Autorizada (auditora), Administradora Pública. Doctoranda en Derecho y Doctoranda en Gestión Pública y Ciencias Empresariales. Fiscalizadora del Área de Servicios Sociales, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República, Costa Rica.

I. Introducción

El objetivo de este documento es explicar el procedimiento que deben seguir tanto la Auditoría Interna como la Administración activa cuando surgen controversias por los resultados y recomendaciones producto de un estudio de auditoría. Se inicia con la etapa de comunicación de resultados, propia del proceso de auditoría, y posteriormente con el procedimiento establecido en la Ley General de Control Interno. Para ello se explica qué se entiende por informe de auditoría y la etapa de comunicación de resultados y luego se prosigue con lo establecido en la Ley General de Control Interno para la resolución del conflicto.

La citada ley posee un procedimiento especial para la atención de controversias entre la Auditoría Interna y la Administración activa, tanto para los informes dirigidos al jerarca como para los informes dirigidos al titular subordinado, por lo que resulta relevante conocer la aplicación de cada uno, los plazos establecidos y requisitos en cada etapa.

Finalmente, establece que la Contraloría General de la República es el órgano competente para resolver en forma definitiva dichas controversias. Conviene, por lo tanto, profundizar en el estudio de estos temas por ser parte de la actividad normal en el ejercicio de la auditoría interna y en la cual el órgano contralor tiene una función legalmente establecida de gran relevancia.

Por ello la lectura del presente documento resulta importante tanto para personeros de las auditorías internas, miembros de la administración activa y funcionarios del órgano contralor que en el ejercicio de sus funciones deban recurrir a este procedimiento de resolución de controversias.

II. Informe de auditoría y comunicación de resultados

1. El informe de auditoría

La auditoría en el sector público se define como un proceso sistemático objetivo que obtiene y evalúa evidencia para determinar si la situación estudiada se ajusta a los criterios establecidos en el marco del sector público. La norma ISSAI 100 Principios Fundamentales de Auditoría del Sector Público la define en ese sentido:

18. En general, la auditoría del sector público puede describirse como un proceso sistemático en el que de manera objetiva se obtiene y se evalúa la evidencia para determinar si la información o las condiciones reales están de acuerdo con los criterios establecidos. La auditoría del sector público es esencial, ya que proporciona, a los órganos legislativos y de supervisión, a los encargados de la gobernanza y al público en general, información y evaluaciones independientes y objetivas concernientes a la administración y el desempeño de las políticas, programas u operaciones gubernamentales. (Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, 2013)

En este proceso sistemático, se encuentran hallazgos de auditoría que son plasmados y comunicados a la administración auditada en un informe de auditoría. Resulta de especial interés para el presente documento tener claridad respecto de qué se entiende por informe de auditoría.

Las Normas Generales de Auditoría para el Sector Público emitidas por la Contraloría General de la República en Resolución R-DC-064-2014 de las quince horas del once de agosto de dos mil catorce define el informe de auditoría como el documento escrito mediante el cual la auditoría comunica formalmente a la administración examinada los resultados de la auditoría realizada junto con las conclusiones y disposiciones o recomendaciones, según se trate de una auditoría interna que emite recomendaciones o un informe de auditoría de la Contraloría General de la República en donde se incluyen disposiciones.

El punto 10 de dichas normas indica: “10. Los informes de auditoría deben contener un resumen ejecutivo de los principales resultados obtenidos, así como de las conclusiones, disposiciones o recomendaciones emitidas” (Contraloría General de la República, 2014).

El órgano contralor se pronunció sobre el informe de auditoría y sus requerimientos formales en los siguientes términos:

El informe constituye la comunicación oficial escrita de los resultados del proceso de auditoría, realizada por la Auditoría Interna al jerarca o a los titulares subordinados de la administración activa con competencia y autoridad para ordenar la implantación de las respectivas recomendaciones o atender los asuntos comunicados, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 37 de la LGCI. Al respecto, considérese que dicho proceso es desarrollado mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional de la Auditoría Interna, a efectos de evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de la dirección en la entidad u órgano de que se trate.

Siendo que el informe de auditoría representa la comunicación de los resultados de tal proceso característica que lo convierte en un producto de particular relevancia, la Auditoría Interna debe cerciorarse de que, entre otros requerimientos técnicos, éstos sean precisos, objetivos, claros, concisos, constructivos, completos y oportunos; que se ha registrado información relevante que le permita apoyar los hallazgos², conclusiones, recomendaciones y demás resultados del trabajo formulados en el informe; y que el trabajo ha sido adecuadamente supervisado por el responsable dentro de esa unidad, para asegurar el logro de sus objetivos, la calidad del trabajo y el desarrollo profesional del personal. (Contraloría General de la República, 2005)

El informe de auditoría debe versar sobre las materias de competencia de la auditoría que incluyen los distintos tipos de auditoría que se realizan comúnmente. Las más conocidas son: la auditoría financiera, la auditoría operativa, la

² Constituyen observaciones de auditoría. El desarrollo de los hallazgos comprende cuatro atributos que son: la “condición” (situación encontrada con respecto a una operación, actividad o transacción), el “criterio” (las metas que la entidad fiscalizada está tratando de lograr o las normas relacionadas con su logro; constituyen las unidades de medida que permiten la evaluación de la “condición”); el “efecto” (resultado o consecuencia real o potencial que resulta de la comparación entre la condición y el criterio que debió ser aplicado); y la “causa” (razón o razones fundamentales por las cuales se presentó la condición, o bien, el motivo por el que no se cumplió el criterio o la norma).

auditoría informática, la auditoría ambiental y, por supuesto, la auditoría de cumplimiento –también denominada auditoría especial– entre otras más que existen actualmente o que puedan surgir según los retos y necesidades que, se le presentan día con día a la labor de fiscalización y control en el ámbito público.

El artículo 35 de la Ley General de Control Interno (Asamblea Legislativa, 2002) define cuáles materias son susceptibles de ser abordadas por la auditoría en su informe respectivo, al respecto dice:

Sección IV Informes de auditoría interna

Artículo 35.

Materias sujetas a informes de auditoría interna. Los informes de auditoría interna versarán sobre diversos asuntos de su competencia, así como sobre asuntos de los que pueden derivarse posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la institución y terceros. Cuando de un estudio se deriven recomendaciones sobre asuntos de responsabilidad y otras materias, la auditoría interna deberá comunicarlas en informes independientes para cada materia.

Los hallazgos, las conclusiones y recomendaciones de los estudios realizados por la auditoría interna, deberán comunicarse oficialmente, mediante informes al jerarca o a los titulares subordinados de la administración activa, con competencia y autoridad para ordenar la implantación de las respectivas recomendaciones.

La comunicación oficial de resultados de un informe de auditoría se regirá por las directrices emitidas por la Contraloría General de la República. (Asamblea Legislativa, 2002)

Interesa destacar el párrafo primero del artículo transcrito, que indica que se consideran informes de auditoría tanto aquellos que versen asuntos sujetos a su competencia –cualquier tipo de auditoría– como aquellos de los cuales se deriven posibles responsabilidades para funcionarios y ex funcionarios de la institución y terceros, que corresponde al producto de la auditoría de cumplimiento o auditoría especial.

En consecuencia, los informes de auditoría pueden ser de dos tipos: control interno –derivados de cualquier tipo de auditoría antes citadas– y relación de hechos –responsabilidades-. Así lo ha reconocido de forma expresa el órgano

contralor desde los primeros años de entrada en vigencia de la Ley de control interno antes citada cuando señaló: “Recopilando tenemos que los informes que prepara la auditoría pueden versar sobre dos temas fundamentales, los que tratan aspectos del sistema de control interno y los que se conocen como relaciones de hechos, que pueden desembocar en responsabilidades de índole civil administrativa o penal.” (Contraloría General de la República, 2004a)

En igual sentido se encuentra el criterio DI-CR-351 (07535) cuando dice:

Sobre este particular, de conformidad con tales cuerpos normativos, se tiene que los informes de auditoría “versarán sobre diversos asuntos de su competencia y sobre asuntos de los que puedan derivarse posibles responsabilidades”, de lo cual se colige que los resultados de los estudios realizados por las auditorías internas en el ejercicio de sus facultades, pueden ser principalmente documentados en informes **de control interno**, en los cuales se desarrollan hallazgos con sus correspondientes conclusiones y recomendaciones, y **de responsabilidades (relaciones de hechos)**, en los que se recomienda sobre la apertura de un procedimiento administrativo. (Contraloría General de la República, 2005).

La Contraloría General de la República reitera el criterio citado, al resolver en igual sentido en el oficio DAGJ-0642-2006 (04984), que señala:

Y es que, como técnicamente se ha establecido, los informes sobre servicios de auditoría pueden ser de dos tipos: control interno y relaciones de hechos (véase los artículos 1.1.2 y 2.5.1.1 del Manual de Normas para el Ejercicio de la Auditoría Interna en el Sector Público, publicado a La Gaceta No.246 del 16 de diciembre del 2004, en relación con el artículo 35 de la Ley General de Control Interno), de manera que en ambos casos pueden llegar a producirse, con motivo de las recomendaciones que se formulen en dichos tipos de informes, objeciones u oposiciones por parte de la Administración hacia las mismas, susceptibles de generar el conflicto previsto por los artículos 36 y siguiente de la Ley No.8292. (Contraloría General de la República, 2006)

En otras palabras, los hallazgos encontrados durante el proceso de auditoría se plasmarán en un informe de auditoría que se comunicará al jerarca, sea informes de control interno o relaciones de hechos, pues ambos se clasifican como informes de auditoría.

Asimismo, en el ejercicio de la auditoría se hablan de otros dos tipos de informes según el proceso de auditoría en que se encuentre:

1. Informe preliminar, el cual se le comunica a la administración en la conferencia final con los resultados obtenidos, en aras de que la administración pueda remitir sus observaciones y alegatos a la auditoría de previo a la emisión del informe final.
2. Informe definitivo, que constituye el informe final que emite la auditoría. Se comunica de forma oficial por medio de un oficio o comunicación escrita y es contra este informe que se puede presentar el procedimiento de conflicto entre la administración y la auditoría interna.

2. Comunicación de resultados

El proceso de auditoría se encuentra dividido en varias etapas: administración, planificación, examen, comunicación de resultados y seguimiento. Interesa para este tema enfocarnos en la etapa de comunicación de resultados, pues es donde se le remite a la administración auditada el informe de auditoría respectivo.

Las normas internacionales para el ejercicio profesional de la auditoría interna, en los puntos 2400 Comunicación de resultados y derivados, establecen la obligación del auditor interno de comunicar los resultados del trabajo a la administración e incluir los objetivos, alcance, resultados obtenidos y recomendaciones. Además, debe hacerlo con información suficiente, fiable, relevante y útil, textualmente indica:

2400 – Comunicación de resultados

Los auditores internos deben comunicar los resultados de los trabajos.

2410 – Criterios para la comunicación

Las comunicaciones deben incluir los objetivos, alcance y resultados del trabajo.

2410. A1 - La comunicación final de los resultados del trabajo debe incluir las conclusiones aplicables, así como también las recomendaciones aplicables y/o los planes de acción. Se debe proporcionar la opinión del auditor interno cuando resulte apropiado. Una opinión debe considerar las expectativas del Consejo, la alta dirección y otras partes interesadas y debe estar soportada por información suficiente, fiable, relevante y útil.

Interpretación: Las opiniones en los trabajos de auditoría pueden ser clasificaciones (ratings), conclusiones u otras descripciones de los resultados. Un trabajo de auditoría puede estar relacionado con controles sobre un proceso específico, riesgo o unidad de negocio. La formulación de opiniones al respecto requiere de la consideración de los resultados del trabajo y su importancia. (The Institute of International Auditor, 2016)

Las normas generales de Auditoría para el sector público (2014) en la norma 2.10 Comunicación de resultados, indica que el auditor interno y los funcionarios de la auditoría, según corresponda, deberán comunicar los resultados del trabajo oportunamente de manera que resulte pertinente según el reglamento de organización y funcionamiento y las políticas y procedimientos establecidos en la auditoría interna.

Dicha comunicación deberá realizarse en una conferencia final con el responsable de poner en práctica las recomendaciones giradas en el informe:

205. Comunicación de resultados

08. El auditor debe efectuar una conferencia final con la administración de la entidad u órgano auditado y con los responsables de poner en práctica las recomendaciones o disposiciones, antes de emitir el informe definitivo, con el fin de exponer los resultados, conclusiones y disposiciones o recomendaciones de la auditoría, de conformidad con lo establecido por las políticas y procedimientos de la organización de auditoría. (Contraloría General de la República, 2014)

La conferencia final se define como la presentación que realiza el auditor ante la administración, con el propósito de exponer los resultados de la auditoría realizada, así como las disposiciones o recomendaciones que deberán implementarse antes de remitir el informe definitivo, con el fin de que los funcionarios de la entidad auditada puedan efectuar las observaciones que consideren pertinentes.

El artículo 37 de la Ley General de Control Interno señala que los informes dirigidos al jerarca deberán comunicársele para que éste le ordene al titular subordinado el acatamiento de las recomendaciones que ahí se

presentan. En este contexto, la Contraloría General de la República ha señalado que es potestad de la Auditoría Interna, con conocimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de auditoría y en ejercicio de sus potestades, definir quiénes participarán en la conferencia final, donde se rinde el informe preliminar. Aquí se debe considerar que es obligación legal invitar a los jefes y titulares subordinados responsables de implementar las recomendaciones, pero podrán incluirse otros actores a criterio de la auditoría interna.

Sobre este tema, el criterio DI-CR-46 (01361) emitido por la Contraloría General de la República en 2003, explica:

1. Que los destinatarios de los hallazgos, las conclusiones y recomendaciones de los estudios realizados por la auditoría interna, son los jefes o a los titulares subordinados de la administración activa, sean estos últimos, presidentes, gerentes de área, directores, jefes, o cualquier otra denominación de nivel jerárquico que tengan competencia y autoridad para ordenar la implantación de las respectivas recomendaciones. Además, que es al Auditor Interno a quien corresponde en última instancia, definir a cuál de estos niveles jerárquicos remite los informes, haciendo corresponder su criterio profesional con la naturaleza, relevancia, impacto y pertinencia de los hallazgos, conclusiones y recomendaciones contenidos en el informe y muy especialmente lo relativo a la instancia directamente relacionada que tenga la competencia y autoridad suficiente para la puesta en práctica de las recomendaciones pertinentes. (Contraloría General de la República, 2003)

En el caso del sector municipal, se debe remitir el informe al titular subordinado responsable de implementar las recomendaciones giradas por la auditoría interna y al Consejo Municipal, cuando este se dirija al jerarca, en su condición de superior jerárquico municipal, con el fin de se tomen las acciones necesarias para implementar lo recomendado. En este sentido se puede consultar el oficio DI-CR-304-2004 (07242) (Contraloría General de la República, 2004c).

El objetivo de la conferencia final de auditoría es presentar el informe preliminar para que la administración pueda remitirle a la auditoría sus observaciones y estas sean consideradas antes de emitir el informe definitivo.

Se debe tener claro que las observaciones que envíe la administración no son vinculantes para la auditoría, pero en caso de rechazarlas deberá explicar las razones de ello y plasmarlas por escrito.

Esta etapa pretende permitirle a la auditoría valorar los comentarios de la administración y determinar si con base en ellos modifica total o parcialmente su informe, sea en los resultados o en las recomendaciones. En consecuencia, la obligación de la auditoría es escuchar y valorar los argumentos de la administración y puede rechazarlos si considera que no son pertinentes.

De manera expresa lo ha indicado la Contraloría General de la República en el oficio DFOE-DL-0164 (01675) del 03 de febrero del 2015, cuando dice:

Surgimiento del conflicto

Sobre la objeción de los estudios de auditoría por parte del ente auditado.

Si bien la Administración debe tener la oportunidad de presentar observaciones a los resultados del informe, previo a que se emita el documento final, tal como se indicó líneas atrás, las observaciones que realice no son vinculantes para el auditor interno. Es decir, con el debido razonamiento podría no acogerlas.

Sin embargo, si el jerarca o titular subordinado no están de acuerdo con las recomendaciones emitidas en el informe final que presenta la auditoría, tiene la posibilidad de presentar las objeciones correspondientes, para lo cual debe seguir el procedimiento que para los efectos establece la Ley General de Control Interno, el cual va a depender de si el informe y sus recomendaciones van dirigidas a titulares subordinados o al jerarca. (Contraloría General de la República, 2015)

Finalizada esta etapa, se emite el informe definitivo de la auditoría, el cual podrá incluir o no las observaciones de la administración. Una vez notificado el informe definitivo, la administración puede aceptar las recomendaciones y en ese caso ordenar su implementación; no obstante, en el supuesto de que subsista la inconformidad, podrá interponer el procedimiento de conflicto que se explicará a los siguientes apartados de este texto.

Lo expuesto se puede sintetizar en el siguiente esquema:

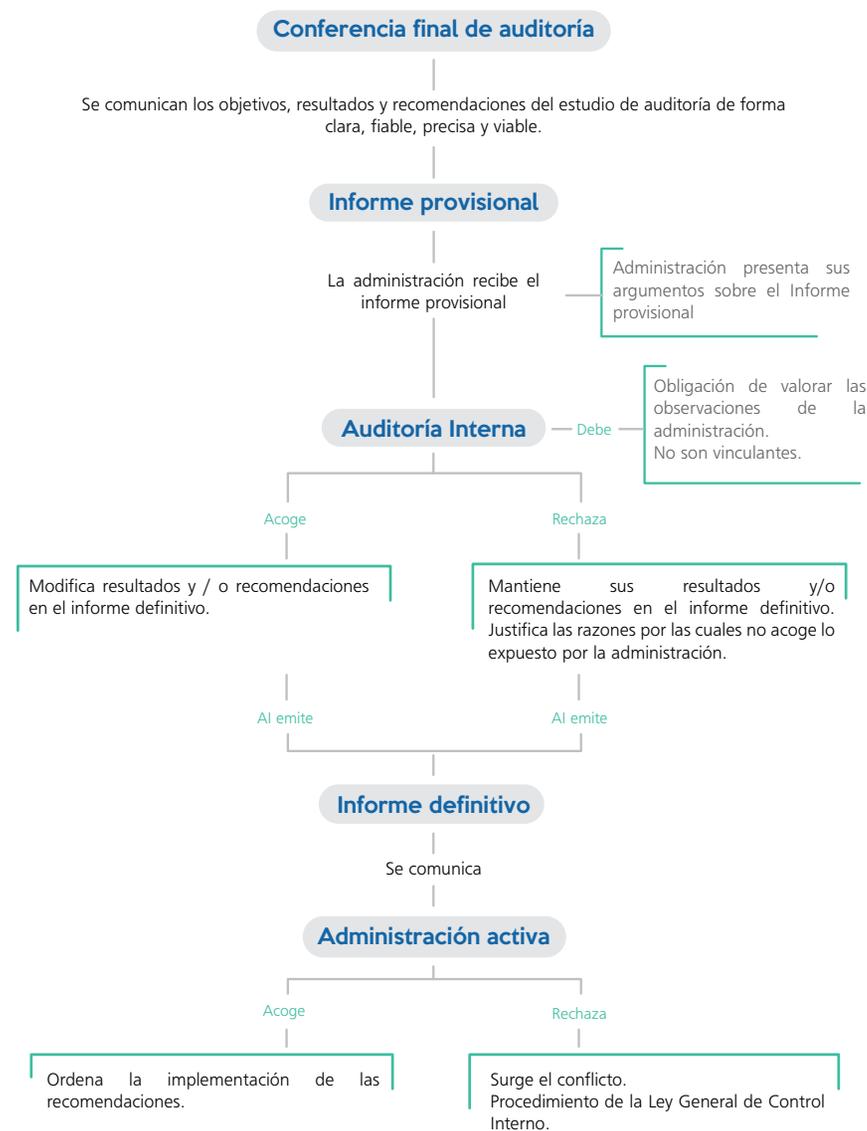


Figura. 1. Conferencia final e informe provisional de auditoría.
Fuente: Elaboración propia.

En síntesis, en la etapa denominada dentro del proceso de auditoría como comunicación de resultados, se presenta el informe preliminar de auditoría al jerarca o al titular subordinado responsable de ejecutar las recomendaciones, según lo dispone el párrafo primero del artículo 37 de la Ley General de Control Interno. Dicho informe deberá contener el objetivo, alcance, resultados y recomendaciones giradas de manera clara, confiable y precisa.

La presentación se realiza en la conferencia final de auditoría, en donde deben ser convocados el jerarca, cuando el informe se le dirige a éste, y a los titulares subordinados responsables de ejecutar las recomendaciones. De esta forma, la auditoría, luego de conocer el contenido de sus recomendaciones y en ejercicio de sus competencias, define a quiénes se les debe invitar a dicha conferencia.

III. Procedimiento para la resolución discrepancias en la entidad

La Ley General de Control Interno establece el trámite por a seguir cuando surjan discrepancias entre la auditoría interna y la administración activa. Separa los informes que van dirigidos al jerarca de aquellos que van dirigidos al titular subordinado responsable de implementar las recomendaciones.

1. Informes dirigidos al titular subordinado

En el caso de informes dirigidos al titular subordinado, la auditoría interna le comunicará de forma oficial el informe definitivo al titular subordinado a quien le van dirigidas las recomendaciones, y a partir de allí pueden surgir dos escenarios:

1. El titular subordinado acepta las recomendaciones, y a partir de esa fecha posee plazo máximo de 10 días para ordenar su implementación.
2. El titular subordinado se encuentra en desacuerdo con las recomendaciones emitidas por la auditoría interna y en consecuencia, surge el conflicto.

Cuando surge el conflicto, el titular subordinado que ha recibido el informe de auditoría, en un plazo de 10 días hábiles, deberá elevarlo al jerarca para su conocimiento, exponiendo por escrito las razones por las cuales se encuentra disconforme, y las recomendaciones alternativas que sugiere para atender los hallazgos plasmadas en el informe de auditoría, todo con copia a la auditoría interna.

Lo anterior se efectúa según lo señala el inciso a) del numeral 36 de la Ley General de Control Interno:

Artículo 36.

Informes dirigidos a los titulares subordinados. Cuando los informes de auditoría contengan recomendaciones dirigidas a los titulares subordinados, se procederá de la siguiente manera:

- a. *El titular subordinado, en un plazo improrrogable de diez días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el informe, ordenará la implantación de las recomendaciones. Si discrepa de ellas, en el transcurso de dicho plazo elevará el informe de auditoría al jerarca, con copia a la auditoría interna, expondrá por escrito las razones por las cuales objeta las recomendaciones del informe y propondrá soluciones alternas para los hallazgos detectados. (Asamblea Legislativa, 2002)*

Una vez que el jerarca recibe el informe de auditoría, las observaciones del titular subordinado y las recomendaciones alternativas propuestas por éste, tendrá un plazo de 20 días para resolver de manera firme los discutido entre el titular subordinado y la auditoría interna. Por su parte, la Auditoría Interna, a quien previamente se le ha remitido copia de la disconformidad planteada por el titular subordinado y la gestión presentada ante el superior jerárquico, podrá apersonarse ante el jerarca, dentro en los primeros días 10 días que posee el jerarca para resolver, a fin de plantearle sus argumentos para que éste los considere en el momento de resolver. Finalizado el plazo de 20 días, el jerarca deberá resolver la disconformidad planteada entre el titular subordinado y la auditoría interna, y ordenar cualquiera de las tres siguientes soluciones:

1. En el caso que el jerarca considere que lo expuesto por la Auditoría Interna es pertinente y rechace los alegatos del titular subordinado, podrá ordenar la implementación de las recomendaciones dadas por la Auditoría Interna en su

informe definitivo, so pena de sancionar al funcionario por incumplimiento de órdenes de su superior.

2. En el supuesto de que el jerarca otorgue razón al titular subordinado, podrá ordenar implementar las recomendaciones alternativas propuestas por el titular subordinado.

3. En el caso que considere que ni lo recomendado por la Auditoría Interna ni lo propuesto por el titular subordinado resulta oportuno para atender adecuadamente los hallazgos plasmados en el informe, el jerarca podrá proponer y ordenar implementar sus propias recomendaciones alternativas.

Lo expuesto se fundamenta en el inciso b) del artículo 36 antes citado señala:

b. Con vista de lo anterior, el jerarca deberá resolver, en el plazo de veinte días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la documentación remitida por el titular subordinado; además, deberá ordenar la implantación de recomendaciones de la auditoría interna, las soluciones alternas propuestas por el titular subordinado o las de su propia iniciativa, debidamente fundamentadas. Dentro de los primeros diez días de ese lapso, el auditor interno podrá apersonarse, de oficio, ante el jerarca, para pronunciarse sobre las objeciones o soluciones alternas propuestas. Las soluciones que el jerarca ordene implantar y que sean distintas de las propuestas por la auditoría interna, estarán sujetas, en lo conducente, a lo dispuesto en los artículos siguientes.

c. El acto en firme será dado a conocer a la auditoría interna y al titular subordinado correspondiente, para el trámite que proceda. (Asamblea Legislativa, 2002)

Ahora bien, una vez que el jerarca haya resuelto la disconformidad, la Auditoría Interna podrá valorar si las recomendaciones que se ordenaron implementar satisfacen los objetivos del estudio de auditoría y si resultan pertinentes para atender la situación encontrada en la labor de fiscalización. En caso de considerarlas oportunas, dará seguimiento a lo ordenado por el jerarca siguiendo las herramientas habituales para ello; por el contrario, cuando la Auditoría Interna considere que las recomendaciones emitidas por el jerarca resultan inadecuadas o insuficientes para corregir los hallazgos

encontrados, tendrá un plazo 15 días hábiles para exponerle por escrito al jerarca las razones por las cuales rechaza las recomendaciones propuestas y le indica que se debe plantear el conflicto ante la Contraloría General de la República, ello según lo señala el párrafo primero del artículo 38 de la Ley General de Control Interno.

Ante lo dicho por la auditoría interna, el jerarca podrá allanarse y ordenar la implementación de las recomendaciones contenidas con el informe definitivo; o bien, si mantiene su posición, puede plantear el conflicto ante el órgano contralor en un plazo máximo de ocho días hábiles contados a partir del momento en que recibió la inconformidad de la Auditoría Interna.

Los procedimientos antes indicados, se presentan de manera gráfica en la figura 2.

2. Informes dirigidos al jerarca

Para los informes dirigidos al jerarca, la Auditoría Interna le comunicará de forma oficial el informe definitivo, quien tendrá un plazo improrrogable de 30 días hábiles contados a partir del recibido del informe para ordenarle al titular subordinado correspondiente que implemente las recomendaciones.

En el supuesto de que el jerarca esté en desacuerdo con las recomendaciones dadas por la Auditoría Interna, dentro del mismo plazo de 30 días hábiles contados a partir del recibido del informe definitivo, deberá comunicar su disconformidad a la auditoría interna, fundamentar su razonamiento y proponer recomendaciones alternativas, según lo establecido en el artículo 37 de la Ley General de Control Interno.

Artículo 37.

Informes dirigidos al jerarca. Cuando el informe de auditoría esté dirigido al jerarca, este deberá ordenar al titular subordinado que corresponda, en un plazo improrrogable de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de recibido el informe, la implantación de las recomendaciones. Si discrepa de tales recomendaciones, dentro del plazo indicado deberá ordenar las soluciones alternas que motivadamente disponga; todo ello tendrá que comunicarlo debidamente a la auditoría interna y al titular subordinado correspondiente. (Asamblea Legislativa, 2002)

Pasado el plazo de los 30 días hábiles contados a partir de la notificación del informe definitivo, no podrá la administración plantear el conflicto ante el órgano contralor y se considerará que aceptó las recomendaciones. Por lo tanto, surge la obligación de ordenar que se ejecuten –aun cuando no las considere convenientes– ello en virtud de que dicho plazo es improrrogable, por ende, pasado el mismo surge una aceptación tácita del informe en su totalidad, incluyendo las recomendaciones respectivas.

Ahora bien, si dentro del plazo de 30 días el jerarca presenta la gestión ante la Auditoría Interna, esta deberá estudiar los argumentos planteados por la administración y estudiar las recomendaciones propuestas. Si considera que estas recomendaciones alternativas resultan adecuadas para los fines perseguidos por el informe, se le notificará a la administración para que esta ordene su implementación y procederá a darle seguimiento a lo propuesto.

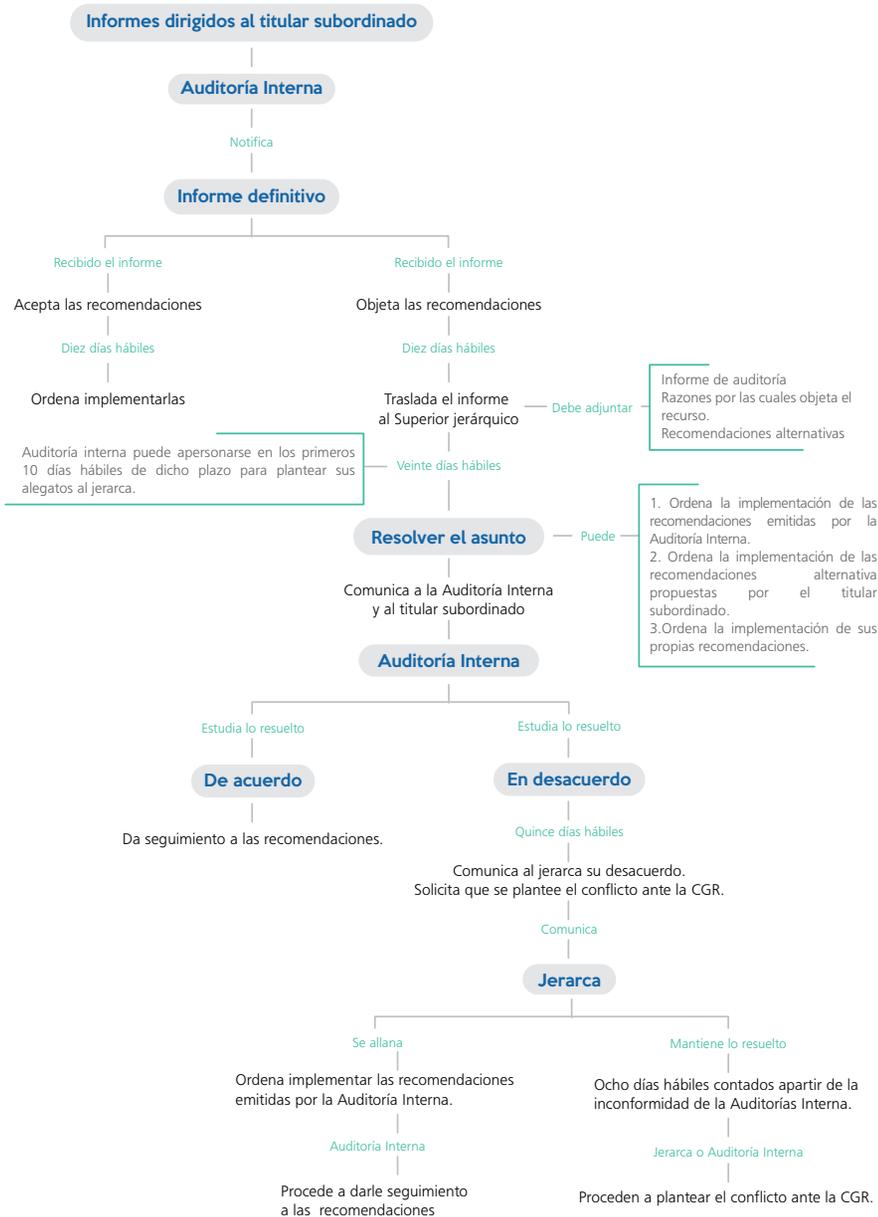


Figura. 2. Informes dirigidos al titular subordinado.
Fuente: Elaboración propia.

No obstante, si las recomendaciones alternativas propuestas por el jerarca no resultan adecuadas para abordar los resultados del estudio, la auditoría interna posee un plazo de 15 días hábiles para exponerle al jerarca, por escrito, las razones por las cuales rechaza las recomendaciones propuestas e indicarle que se debe plantear el conflicto ante la Contraloría General de la República, según lo señala el párrafo primero del artículo 38 de la Ley General de Control Interno. En este caso, el jerarca podrá allanarse a lo señalado por la Auditoría Interna y ordenar la implementación de las recomendaciones contenidas con el informe, o bien, proceder a plantear el conflicto ante el órgano contralor en un plazo máximo de ocho días hábiles a partir del recibido de la inconformidad de la Auditoría Interna.

El procedimiento anterior se detalla en la figura 3.

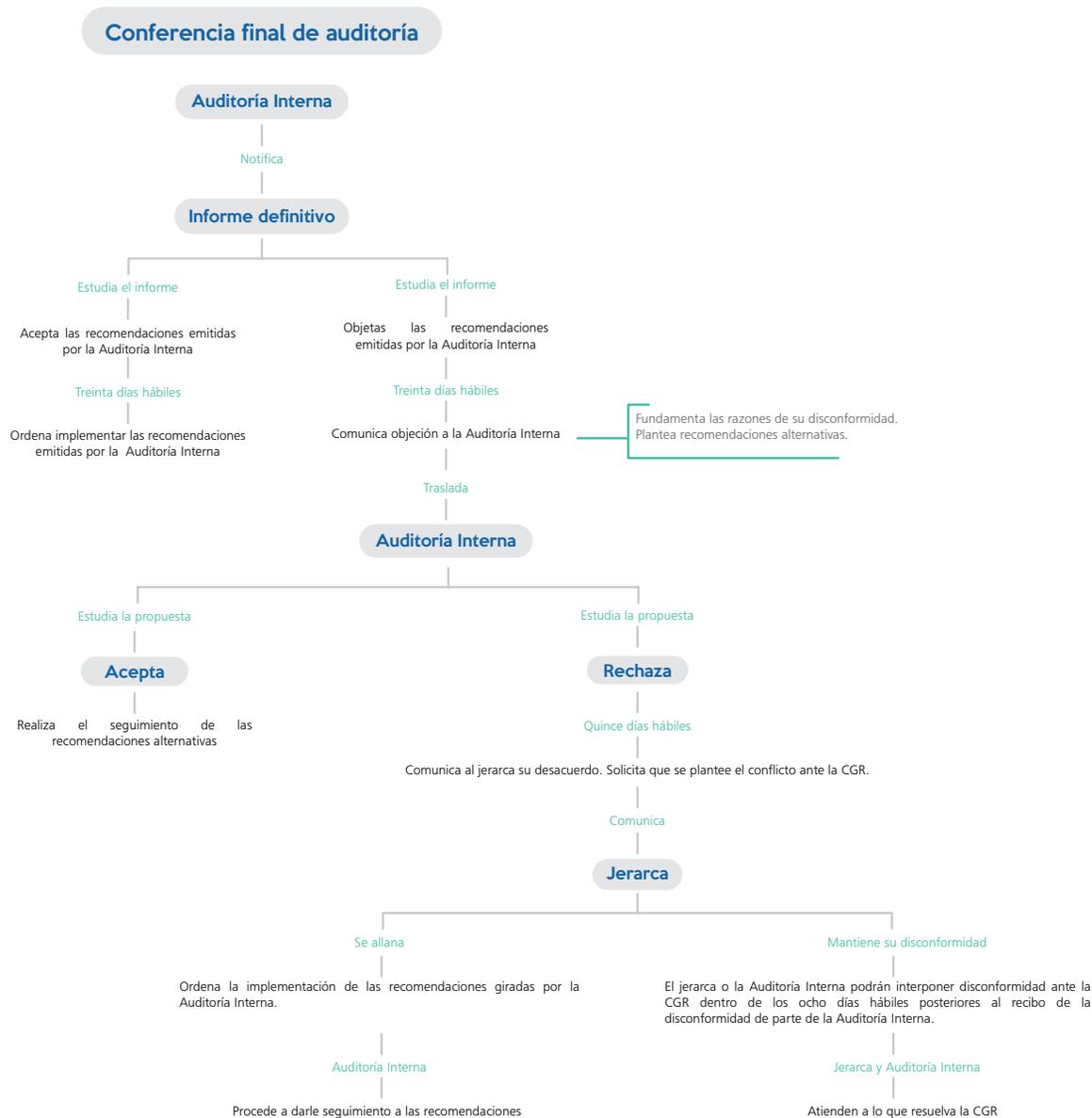


Figura 3. Informes dirigidos al jerarca.
Fuente: Elaboración propia.

IV. Procedimiento para plantear conflictos ante la Contraloría General de la República

1. Planteamiento del conflicto ante la Contraloría General de la República

Una vez que la administración y la auditoría interna han agotado todas las instancias que la Ley General de Control Interno les ofrece para consensuar las recomendaciones del informe, desde la conferencia final de auditoría y comunicación del informe preliminar, hasta el procedimiento establecido posteriormente para presentar objeciones al informe definitivo, habiendo resultado infructuoso, corresponderá a la Contraloría General de la República resolver de forma definitiva el conflicto.

El artículo 38 de la Ley General de Control Interno lo establece de la siguiente forma:

Artículo 38.

Planteamiento de conflictos ante la Contraloría General de la República. Firme la resolución del jerarca que ordene soluciones distintas de las recomendadas por la auditoría interna, esta tendrá un plazo de quince días hábiles, contados a partir de su comunicación, para exponerle por escrito los motivos de su inconformidad con lo resuelto y para indicarle que el asunto en conflicto debe remitirse a la Contraloría General de la República, dentro de los ocho días hábiles siguientes, salvo que el jerarca se allane a las razones de inconformidad indicadas.

La Contraloría General de la República dirimirá el conflicto en última instancia, a solicitud del jerarca, de la auditoría interna o de ambos, en un plazo de treinta días hábiles, una vez completado el expediente que se formará al efecto. El hecho de no ejecutar injustificadamente lo resuelto en firme por el órgano contralor, dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el capítulo V de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, de 7 de setiembre de 1994. (Asamblea Legislativa, 2002)

El planteamiento del conflicto debe ser presentado dentro de los ocho días hábiles posteriores al informe rendido por la Auditoría Interna, donde se notifica el desacuerdo con lo resuelto y el surgimiento del conflicto, pudiendo ser presentado tanto por la auditoría interna como por la administración activa.

El plazo de ocho días es improrrogable por ser un plazo procesal legal, así lo señaló el órgano contralor en el oficio DFOE-PGA-472 (13669) en el que indicó:

Es pertinente agregar que el artículo 38 de la Ley General de Control Interno es una disposición de carácter procesal, y en materia de procedimientos se aplica la regla de la improrrogabilidad de los plazos fijados legalmente, como lo confirman el artículo 258 de la Ley General de la Administración Pública y el numeral 143 del Código Procesal Civil. (Contraloría General de la República, 2007)

Una vez que se traslada el conflicto al órgano contralor, resolverá de forma definitiva el asunto, de tal manera que lo resuelto deberá ser acatado por ambas partes so pena de incurrir en causal de responsabilidad administrativa con las consecuentes sanciones que corresponden.

La Ley General de Control Interno carece de un régimen recursivo especial contra lo resuelto en estos casos por el órgano contralor, por lo que sería aplicable el régimen recursivo general de la Ley General de la Administración Pública y el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, de tal manera que una vez agotados los recursos, lo resuelto por la Contraloría General para el caso queda en firme.

La potestad de dirimir en forma definitiva conflictos en materia de auditoría de parte del órgano contralor ha sido reconocida por la Procuraduría General de la República en el Dictamen 022 del 25 de enero del 2010 al indicar:

Como se advierte, de conformidad con las disposiciones expresas que sobre este punto existen en el ordenamiento jurídico, la posibilidad de discrepancia entre el auditor y la jerarquía de la Administración activa respecto de las recomendaciones giradas mediante un informe cuenta con un cauce específico para resolverse, lo cual, en última instancia, tendría que ser sometido a conocimiento de la Contraloría General de la República, que es la competente en razón de las

atribuciones superiores que ostenta respecto de las auditorías internas de la Administración Pública. (Procuraduría General de la República, 2010)

2. Cambio de criterio sobre el conflicto en relaciones de hechos

Sobre este punto se debe mencionar el cambio de criterio dado por la Contraloría General de la República con respecto a la resolución de controversias cuando estas versan sobre un informe de relaciones de hechos, también conocidas como investigaciones preliminares.

Inicialmente, durante los primeros años de vigencia de la Ley General Control Interno, el órgano contralor correctamente interpretó que la aplicación de este procedimiento podía presentarse tanto para informes de control interno como para las denominadas relaciones de hechos o investigaciones preliminares, que es el informe producto de una auditoría de cumplimiento o auditoría de carácter especial.

La resolución D-1-2008-CO-DFOE denominada “Directrices sobre la comunicación de relaciones de hechos y denuncias penales por las auditorías internas del sector público” las define como un informe de auditoría en donde se plasman los hechos y situaciones eventualmente generadoras de responsabilidad administrativa, penal o civil, textualmente dice:

Relación de Hechos (RH). Es un informe que compila una serie de hechos, actos, acciones y omisiones, que se encuentran ligados por un nexo de causalidad a una falta de carácter administrativo o a la determinación de responsabilidades, y que se constituye como un insumo para la acreditación de dichas responsabilidades. (Contraloría General de la República, 2008)

El órgano contralor señala que en dicho informe se busca identificar hechos, detectar e investigar eventuales irregularidades. Lo define de la siguiente forma:

Investigación preliminar o de auditoría -que realiza un órgano por lo demás sin potestad disciplinaria dentro de un plazo razonable-busca esclarecer e indagar los hechos, detectar e investigar las eventuales incorrecciones o faltas a las

normas reguladores pertinentes, identificar los presuntos implicados y su grado de participación, hacer las diligencias para recabar las pruebas que puedan o no existir y en general verificar las denuncias o sospechas existentes, de todo lo cual dependerán las medidas y recomendaciones que se propongan o no adoptar –incluida la recomendación directa de apertura de un procedimiento disciplinario si hay fundados elementos para ello o la mera valoración de tal decisión si las elementos no son tan contundentes. (Contraloría General de la República, 2006)

Así pues, las relaciones de hechos son un tipo de informe de auditoría y, por ende, están cubiertas por el párrafo primero del artículo 35 de la Ley General de Control Interno cuando dice: “Los informes de auditoría interna versarán sobre diversos asuntos de su competencia, así como sobre asuntos de los que pueden derivarse posibles responsabilidades para funcionarios, ex funcionarios de la institución y terceros” (Asamblea Legislativa, 2002).

En concordancia con lo anterior, el órgano contralor en el oficio DI-CR-364-2004 acertadamente señaló que ambos tipos de informes eran susceptibles de ser llevados al procedimiento de conflicto entre la Auditoría Interna y la Administración, al indicar:

En cuanto a la segunda etapa, se identifica a partir del acto de notificación del informe y el expediente respectivo a la Autoridad Disciplinaria que corresponde, donde dependiendo de la recomendación de la Auditoría Interna, el jerarca o el titular notificado pueden llevar a cabo sus actuaciones. Así, bajo el supuesto que se recomendara la apertura de un procedimiento administrativo contra los presuntos responsables, el jerarca o el titular competente deberán ordenar en los plazos legales respectivos, según los artículos 36 y 37 de la Ley General de Control Interno, lo necesario para el debido cumplimiento de tal recomendación, y únicamente se aceptaría la dilatación cuando exista conflicto entre ambas partes; en consecuencia, se debería efectuar el planteamiento ante esta Contraloría General, de conformidad con los artículos 37 y 38 de esa Ley para que en definitiva resuelva lo pertinente y se cumpla con carácter obligatorio, lo que este Órgano Contralor disponga. (Contraloría General de la República, 2004d)

La Contraloría General reitera esta posición en el criterio DAGJ-0642-2006 (04984) cuando expresamente señala:

Para el caso de las recomendaciones dirigidas al jerarca, los informes producto de ambos tipos de servicios de auditoría son susceptibles de ser llevados a plantear el conflicto dentro del plazo de 30 días hábiles que dispone el artículo 37 de la Ley General de Control Interno, con la diferencia de que debe entenderse que tal plazo opera indefectiblemente cuando de informes de control interno se trate o de una relación de hechos que versa sobre responsabilidades que atañen a la Hacienda Pública. (Contraloría General de la República, 2006)

Incluso la Procuraduría General de la República ha interpretado que la presentación del conflicto entre la Administración y la Auditoría Interna por una relación de hechos o investigación preliminar presentada ante la Contraloría General de la República para que esta lo resuelva de forma definitiva es una causal de suspensión del plazo de prescripción de la potestad sancionatoria.

Con ello la Procuraduría General de la República interpreta que aplica el trámite de resolución de conflicto por informes de relaciones de hechos y que este suspende el plazo de prescripción que posee la administración para instaurar el procedimiento administrativo sancionatorio. Resulta especialmente relevante el Dictamen 022-2010 cuando dice:

No obstante, debemos indicar que en el dictamen C-329-2003 de 16 de octubre de 2003, se consideró que lo dispuesto por el numeral 37 –en obligada relación con lo dispuesto en los ordinales 36 y 38- de la Ley General de Control Interno, **se constituye en una causal legal de suspensión del plazo de prescripción de la potestad sancionadora, que opera “ipso iure” en aquellos casos en que surja un conflicto entre las recomendaciones hechas por una Auditoría Interna y las soluciones alternas que proponga al respecto el jerarca institucional; conflicto que deberá dirimir, en última instancia, la Contraloría General de la República.** Y una vez resuelto el conflicto por el órgano contralor –causa de suspensión-, el plazo de prescripción se reanuda, computándose el tiempo anterior. destacado es propio. (Procuraduría General de la República, 2010)

La conclusión brindada en dicho dictamen resulta clara al señalar la viabilidad de interponer el procedimiento de conflicto ante el órgano contralor por informes de tipo relación de hechos o investigación preliminar:

9. En aquellos casos en que una vez terminada la investigación preliminar, la Auditoría Interna haya recomendado la apertura de un órgano director y el jerarca institucional disienta de tal sugerencia y ordene, motivadamente, soluciones alternas y surja un evidente conflicto que, conforme a los artículos 37 y 38 de la Ley General de Control Interno, deberá dirimir en última instancia la Contraloría General de la República, se ha interpretado que mientras se tramita aquel conflicto opera una suspensión del plazo de prescripción de la potestad sancionadora. Y una vez resuelto el conflicto por el órgano contralor –causa de suspensión-, el plazo de prescripción se reanuda, computándose el tiempo anteriormente transcurrido. (Procuraduría General de la República, 2010)

Pese a ello, el órgano contralor en 2011 cambia su criterio y excluye los informes de relaciones de hechos de la aplicación del procedimiento de conflicto ante la Administración y la Auditoría Interna:

Con base en lo señalado en este pronunciamiento que se cambia el criterio que esta Contraloría General de la República indicó en el oficio No. 04984-2006 (DAGJ-0642-2006) de 7 de abril 2006, en el cual señalaba que tanto los informes de auditoría de control interno como las relaciones de hechos podrían ser objeto de discrepancias, conforme los numerales 36 y 37 de la Ley General de Control Interno y/o el conflicto estipulado en el artículo 38 del mismo cuerpo legal. Siendo que la posición actual de este órgano contralor es que, siendo que la relación de hechos es un insumo para el sujeto que ostente la potestad disciplinaria en la entidad, este podrá apartarse de la recomendación de la auditoría interna, sin que proceda el procedimiento de discrepancia y conflicto supra señalado, en el tanto esa Administración deje acreditadas las razones de hecho, de derecho y consideraciones que motivaron su decisión. Decisión, que debe tomarse en un plazo prudencial; bajo la exclusiva responsabilidad del funcionario, so pena de incurrir en falta grave por no abrir el procedimiento administrativo o dejar prescribir la responsabilidad del infractor, tal y como lo dispone el numeral 75 de la Ley Orgánica de la Contraloría General. (Contraloría General de la República, 2011)

En el oficio DFOE-SOC-1041 (13625) el órgano contralor señala que el procedimiento de conflicto aplica únicamente para informes en materia de control interno y no así para informes que procuran el establecimiento de responsabilidades; sin embargo, no clarifica las razones que fundamentan dicha interpretación, sin existir un cambio normativo que sustente esa nueva interpretación:

Se refiere a la solicitud de que se inicie un procedimiento administrativo por considerar que pueden existir responsabilidades por los hechos comentados, por lo que no es objeto del conflicto regulado en el artículo 38 de la LGCI, el cual está previsto para recomendaciones dadas en materia de control interno y no de responsabilidades, de ahí que la Contraloría General no debe pronunciarse sobre el presente diferendo. (Contraloría General de la República, 2013)

No obstante, de la lectura de la Ley General de Control Interno se extrae que este procedimiento aplica para ambos tipos de informes de auditoría. En este documento se ha clarificado que la relación de hechos es un informe de auditoría –aspecto reconocido por la propia Contraloría– de tal manera que la ley no distingue, ni excluye a los informes de relaciones de hechos de la aplicación del procedimiento de conflicto, ni tampoco se ha modificado la norma que lo sustenta, ni ha habido cambio de criterio de parte de la Procuraduría General de la República, quién a la fecha mantiene el criterio externado anteriormente, al considerar jurídicamente posible presentar un conflicto de interés contra un informe de relación de hechos; en consecuencia, la nueva interpretación del órgano contralor podría correr el riesgo de distinguir donde la ley no distingue.

Resulta necesario revisar el cambio de criterio externado a la luz de la normativa técnica y marco jurídico aplicable, con el fin de determinar si tal distinción se ajusta al marco de legalidad y cumple con los objetivos pretendidos por el espíritu del legislador en el momento de discutir dicha ley, dado que el legislador ha procurado el fortalecimiento del sistema institucional de control interno en el ámbito público, mientras que la exclusión de las relaciones de hechos de este procedimiento, podría ser una interpretación que debilite el sistema de control interno institucional generando mayor impunidad y eventualmente, vaya en contra de los fines que persigue la ley.

3. Sobre las causales conocidas por el órgano contralor en materia de conflictos entre la Auditoría Interna y la Administración

Como último acápite, se esbozan algunos casos de conflictos que se han presentado ante el órgano contralor, con el fin de conocer los supuestos más frecuentes y las resoluciones a las que se han llegado.

En primer lugar, se debe señalar que existe un desconocimiento de la normativa aplicable y el procedimiento legalmente establecido para la resolución de conflictos. Resulta común que tanto la Auditoría Interna como la Administración presenten solicitudes para instaurar el procedimiento de conflicto sin haber agotado las instancias previamente establecidas en la Ley General de Control Interno. Entre las solicitudes se encuentran proponer medidas alternas, valorarlas, consensuarlas y únicamente en el caso que se hayan agotado las opciones previas –explicadas anteriormente en este texto- sin llegar a un acuerdo entre las partes, es que se puede recurrir al órgano contralor.

En estos supuestos en donde la solicitud de conflicto se plantea sin que se hayan agotado las instancias legalmente procedentes, se ha recurrido a su rechazo y se les aclara a las partes involucradas que deben seguir lo dispuesto en la Ley General de Control Interno, en este sentido se emitieron los oficios DI-CR-303-2004 (07241) (Contraloría General de la República, 2004b) y DI-CR-304-2004 (07242) (Contraloría General de la República, 2004c).

Igualmente, se desconocen los plazos aplicables. Se han presentado casos donde se le solicita a la Contraloría General ampliar el plazo para interponer el conflicto, lo cual ha sido rechazado ad portas, toda vez que se trata de plazos legales y no discrecionales, lo cual impide prorrogarlos, ello según criterio externado en el oficio DFOE-PGA-472-2007 (13669) (Contraloría General de la República, 2007b).

Inclusive se han presentado supuestos en donde la Administración ha recibido el informe de auditoría sin haber manifestado su disconformidad y es hasta la etapa de seguimiento de las recomendaciones, cuando la auditoría interna demanda su cumplimiento, que la entidad expresa su

desacuerdo con lo recomendado y plantea la solicitud para que se inicie el conflicto ante la Contraloría General de la República, fecha para la cual ha sobrepasado el plazo legal establecido para ello. En estos supuestos, el órgano contralor ha rechazado la gestión y le ha indicado que, tal y como lo señala la normativa antes citada, pasado el plazo legal para manifestar su disconformidad, la administración activa otorga una aceptación tácita de lo recomendado por la Auditoría Interna. Por lo tanto, ordena que se acate lo dispuesto por ella. Siendo la única opción legalmente posible en ese momento, según queda claro en el oficio DFOE-DL-0623-2012 (06728) (Contraloría General de la República, 2012).

También se evidencia un desconocimiento de los sujetos a los cuales se les aplica dicho conflicto, a pesar de que la normativa es clara al indicar que el órgano contralor resuelve conflictos originados en un informe de auditoría surgidos entre la Administración, -entiéndase máximo jerarca- y la Auditoría Interna, ello dado que en los supuestos en que el informe se dirija a los titulares subordinados, la ley establece un procedimiento para que sea el máximo jerarca el que se pronuncie y lo resuelva. Sin embargo, el órgano contralor ha tenido que rechazar solicitudes para que se inicie el procedimiento de conflicto en desacuerdos técnicos originados entre la Auditoría Interna y otras dependencias de la institución, por ejemplo, con la Asesoría Legal por criterios jurídicos disidentes en un caso específico, aspecto que escapa de la aplicación de la norma y que debe ser dirimido a lo interno de la organización por el máximo jerarca, según lo señala el órgano contralor en el oficio DFOE-SOC-0622-2014 (0941) (Contraloría General de la República, 2014)

En segundo lugar, el cambio de criterio externado por la Contraloría General de la República -que inicialmente interpretó que el procedimiento para dirimir conflictos entre la administración activa y la auditoría interna incluía a los informes de relaciones de hechos- excluyó los informes de relaciones de hechos de la aplicación de la norma, y por lo tanto, se han declarado inadmisibles gestiones presentadas por la auditoría interna cuando versan sobre causales de responsabilidad administrativa y el jerarca, cuando éste simplemente se niega a instaurar el procedimiento correspondiente con el fin de alcanzar la verdad real de los hechos investigados en un informe de relación de hechos, por lo que desde el 2011 y hasta la fecha el órgano

contralor no ha valorado el fondo de dichos casos, ni las razones que fundamentan dicha negativa pudiendo generar impunidad y debilitamiento del sistema de control interno institucional al excluir voluntariamente de su competencia este tipo de asuntos sin ningún tipo de revisión ni emisión de criterio. En este sentido se pueden revisar los oficios DFOE-SOC-1041-2013 (013625) (Contraloría General de la República, 2013), DFOE-IFR-053-2016 (01310) (Contraloría General de la República, 2016b), DFOE-IFR-0130-2016 (03798) (Contraloría General de la República, 2016c), y la resolución R-DFOE-IFR-01-2016 (Contraloría General de la República, 2016a).

En tercer lugar, en los supuestos en que se ha admitido la solicitud de conflicto y el órgano contralor se ha abocado a resolverlo, han versado discrepancias en el contenido del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Auditoría Interna – ver oficio DAGJ-0653-2007 (06277)- (Contraloría General de la República, 2007a), modificaciones al plan de trabajo de la auditoría interna –en este sentido, el oficio DI-CR-578-2004 (12330) (Contraloría General de la República, 2004a) y finalmente recomendaciones específicas emitidas en un informe de la auditoría interna, según lo indicado en el oficio 03620 DFOE-SOC-0377-2017 (Contraloría General de la República, 2017)

En los supuestos en que la disconformidad versa sobre el reglamento de organización y funcionamiento de la auditoría interna y el contenido de su plan de trabajo, el órgano contralor ha realizado un análisis detallado de las disconformidades presentadas por ambas partes, valoradas a la luz de la normativa de control interno, y ha resuelto respetando en cada caso la independencia del auditor. Si bien ha reconocido el papel de colaborador que posee la auditoría interna, ha sido claro en evitar situaciones que pudieran considerarse en el futuro una intromisión de la Administración en las labores de la Auditoría Interna, de modo que en ambos supuestos ha resuelto a favor de la independencia de esta última instancia.

Finalmente, cuando el conflicto ha versado sobre recomendaciones específicas contenidas en un informe de la Auditoría Interna, el órgano contralor, una vez que cuenta con los argumentos de cada parte, realiza un análisis detallado de las recomendaciones en disputa y las analiza a la luz de la normativa vigente y el contenido del informe. En este punto se debe aclarar que el órgano contralor no vuelve a realizar el estudio de auditoría,

lo cual sería duplicar esfuerzos y es una labor que no le compete, sino que analiza los argumentos dados por cada parte y su razonabilidad legal, técnica y administrativa. Posteriormente determina para cada una de las recomendaciones cuáles deben cumplirse y cuáles no. El órgano contralor ha llegado a concluir que una recomendación ya ha sido acatada por la Administración y, por lo tanto, la elimina. Asimismo, ordena el cumplimiento de aquellas que considera vigentes y oportunas y, por ende, la Administración está obligada a cumplir con lo dispuesto por la Contraloría General.

Nótese que se han presentado diversos supuestos de aplicación de esta norma, pero en cada caso el análisis realizado es particular. El órgano contralor estudia cada uno, incluso, cuando resulta pertinente, recomendación por recomendación, y resuelve según su mejor criterio legal y técnico, dirimiendo en forma definitiva los conflictos que surgen entre la Administración y la Auditoría Interna. Contra lo resuelto por ella, caben los recursos ordinarios propios de la vía administrativa, lo cual no ha sido una práctica frecuente en estos casos.

V. Conclusión

El proceso de auditoría procura encontrar situaciones susceptibles de mejorar para bien de los objetivos que persigue la institución y particularmente el interés público; no obstante, en este proceso es normal que surjan controversias entre la Administración y la Auditoría Interna. De allí surge la necesidad de que se creen espacios para que ambas partes logren un consenso.

El proceso de auditoría contempla esta situación en la etapa de comunicación de resultados y la conferencia final de auditoría, donde la Auditoría Interna remite el informe preliminar a la administración para que esta plantee sus observaciones y que sean valoradas por la Auditoría Interna antes de emitir el informe definitivo.

No obstante, en ocasiones esta etapa es insuficiente, por lo que se consideró oportuno incluir un procedimiento especialmente para ello en la Ley General de Control Interno. Finalmente, el legislador consideró que la Contraloría General de la República, en su ejercicio de rector del Sistema Nacional de Control Interno, era el órgano competente para dirimir de forma definitiva dichas controversias.

De esta manera, el órgano contralor se convierte en la última instancia para resolver conflictos entre la Auditoría Interna y la Administración, por informes de auditoría, que según los criterios técnicos y legales esbozados a lo largo del documento incluyen tanto los informes de control interno como las relaciones de hechos o investigaciones preliminares.

Diversos conflictos han sido sometidos a conocimiento del órgano contralor, muchos de los cuales han tenido que rechazarse por incumplimiento de las etapas previas legalmente establecidas o por versar sobre materias que no están sujetas a este procedimiento. Por ello es necesario aclarar la aplicación de las normas supracitadas que resultan de interés tanto para la Administración activa como para la Auditoría Interna.

Referencias

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

Contraloría General de la República. (2003). *DI-CR-46 (01361)*. San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.

Contraloría General de la República. (2004a). *DI-CR- 578 (07535)*. San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.

Contraloría General de la República. (2004b). *DI-CR-303 (07241)*. San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.

Contraloría General de la República. (2004c). *DI-CR-304 (07242)*. San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.

Contraloría General de la República. (2004d). *DI-CR-364 (08646)*. San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.

Contraloría General de la República. (2005). *DI-CR-351-2005 (07535)*. San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.

Contraloría General de la República. (2006). *DAGJ-0642-2006 (04984)*. San José, Costa Rica: División de Asesoría y Gestión Jurídica

Contraloría General de la República. (2007a). *DAGJ-0653-2007 (062477)*. San José, Costa Rica: División de Asesoría y Gestión Jurídica.

Contraloría General de la República. (2007b). *DFOE-PGA-472 (13669)*. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2008). *Directrices sobre la comunicación de relaciones de hechos y denuncias penales por las auditorías internas del sector público*. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2011). *DFOE-IFR-053 (01310)*. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2012). *DFOE-DL-0623-2012*. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2013). *DFOE-SOC-1041 (13625)*. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2014). *R-DC-064-2014*. San José, Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2015). *DFOE-DL-0164-2015 (01675)*. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2016a). R-DFOE-IFR-01-2016. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2016b). DFOE-IFR-053-2016 (0310). San José, Costa Rica.: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2016c). DFOE-IFR-0130-2016 (03798). San José, Costa Rica.: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Contraloría General de la República. (2017). DFOE-SOC-0377-2017 (03620). San José, Costa Rica.: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.

Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores. (2013). ISSAI 100 Principios Fundamentales de Auditoría del Sector Público. En O. I. (INTOSAI), Normas Internacionales de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAIs). China: XXI INCOSAI.

Procuraduría General de la República. (2010). D-022-2010, 022. San José, Costa Rica.

The Institute of International Auditor. (2016). 2400-Comunicación de resultados. En T. I. Auditor, Normas internacionales para el ejercicio profesional de la auditoría interna. Estados Unidos.

Potestad de la Contraloría General de la República para disponer sanciones en relación con la Hacienda Pública

Sumario:

I.- Introducción; II.- La Hacienda Pública; III.- La potestad sancionatoria a cargo de la Contraloría General de la República; A.- Fundamento constitucional; B.- Materias que conforman el núcleo duro de la potestad de investigación y recomendación de sanciones; C.- Instrucción del procedimiento administrativo en relación con el servidor público investigado; D.- Plazo de prescripción para recomendar y ordenar sanciones; E.- Vinculatoriedad de la sanción y plazo para ejecutarla; IV.- Competencia del TSE sobre las sanciones de suspensión de alcaldes municipales dictadas por la Contraloría General de la República; V.- Conclusiones; Referencias.

Alex Rojas Ortega ¹

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el premio de investigación Fernando Soto Harrison para el 2010, otorgado a la tesis más sobresaliente de la Facultad de Derecho, UCR. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un diploma en Técnica Legislativa por el Congreso de los Diputados de España, así como varios cursos de especialización sobre el control y funcionamiento de los Parlamentos, por la Oficina de Cooperación Española y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo. Correo electrónico: alex.rojas.09@hotmail.com

I. Introducción

La Contraloría General de la República (en adelante CGR), ostenta una serie de potestades de fiscalización y, de eventual determinación de sanciones administrativas, cuyo sustento es de rango constitucional; así se desprende del artículo 183 de la Constitución Política (1949), cuando expresa que la CGR “es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública”, así como de las competencias que sobre tal vigilancia superior, le son asignadas en el numeral 184 de la misma norma suprema.

Ahora bien, dentro de las competencias superiores de fiscalización de la Hacienda Pública y, en lo que concierne al presente estudio, tenemos la relativa a la facultad que posee la CGR para realizar investigaciones y disponer sanciones cuando ella determine que los servidores de los sujetos pasivos de su fiscalización, han cometido una infracción a las obligaciones y principios del régimen de la Hacienda Pública.

Puntualmente, el numeral 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1994), en lo que es de nuestro interés, señala lo siguiente:

“Artículo 68.

Potestad para ordenar y recomendar sanciones. La Contraloría General de la República, sin perjuicio de otras sanciones previstas por ley, 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 esta Ley o ha provocado lesión a la Hacienda Pública, recomendará al órgano o autoridad administrativa competente, mediante su criterio técnico, que es vinculante, la aplicación de la sanción correspondiente de acuerdo con el mérito del caso. La Contraloría formará expediente contra el eventual infractor, garantizándole, en todo momento, un proceso debido y la oportunidad suficiente de audiencia y de defensa en su favor. (...).”

Con base en esta potestad, la CGR puede realizar investigaciones en ejercicio de sus competencias de vigilancia superior y, en tales casos, cuando determine que un servidor de los sujetos pasivos de su fiscalización ha cometido una infracción al régimen de la Hacienda Pública, tendrá el poder-

deber, propio del carácter de su potestad de imperio, de recomendar -con carácter vinculante- las respectivas sanciones que impongan la corrección de la conducta infractora.

II. La Hacienda Pública

Dado que la potestad de determinación de responsabilidades y de recomendación de sanciones, objeto de estudio, se centra en la posible infracción al régimen de obligaciones y principios de la Hacienda Pública, estimo relevante referirme, al menos brevemente, a ese concepto conforme al sentido que posee en nuestro ordenamiento jurídico.

De esa forma, la Hacienda Pública puede estudiarse desde dos perspectivas, veamos:

Arista subjetiva: De conformidad con los artículos 4 y 8 párrafo in fine, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 (1994), son sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título. Ello sin perjuicio de la competencia facultativa que la CGR ostenta respecto de ciertos sujetos y patrimonios, conforme al artículo 4 ibíd.

Arista objetiva: Bajo esta perspectiva, a partir del artículo 8 de mencionada Ley 7428, la Hacienda Pública está constituida por **(i)** los fondos públicos, **(ii)** las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y **(iii)** 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.

Ambas perspectivas, conforman el concepto jurídico de “Hacienda Pública” y, para los efectos que nos ocupan, dicho concepto, constituye el eje central sobre el cual se desenvuelve la competencia de la CGR en cuanto al establecimiento de sanciones previsto en el artículo 68 de la Ley No. 7428. Siendo de esta manera, la Hacienda Pública, en el plano subjetivo,

estará conforma por el conglomerado de entidades y órganos sobre los cuales puede ejercerse la mencionada potestad, mientras que, en cuanto a la vertiente objetiva del concepto, habrá una limitación negativa, en el tanto todo aquello que se escape del núcleo duro de lo que objetivamente es Hacienda Pública, estará vedado para el órgano contralor.

III. La potestad sancionatoria a cargo de la CGR

La potestad de investigación y recomendación de sanciones, que tiene a cargo la CGR, está confinada al ámbito de su competencia de vigilancia superior de la Hacienda Pública; para un más adecuado acercamiento a esa potestad, me referiré de seguido a ella bajo los siguientes términos:

1. Fundamento constitucional

Como derivación de los artículos 183 y 184 de la Carta Magna, la CGR funge como un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa con competencias especializadas en materia de vigilancia de la Hacienda Pública, con independencia funcional y administrativa en el ejercicio de sus labores. Sus competencias se concretizan, a tono con lo preceptuado por el ordinal 184 inciso 5) de la Constitución Política, en su Ley Orgánica, No. 7428, así como en otro conjunto de normas que establecen regulaciones relacionadas con ese eje central de sus potestades.

De ahí que, es claro que la potestad de recomendación y determinación de sanciones a los servidores de los sujetos pasivos de su fiscalización, es un corolario de la potestad de vigilancia superior de la Hacienda Pública asignada al órgano contralor en la Constitución Política. Así lo ha reconocido expresamente la Sala Constitucional, al señalar que:

(...) la facultad sancionatoria reconocida a éste órgano constitucional no deriva de una relación jerárquica o de orden laboral; sino de la facultad, deber de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública, de donde, no asume

funciones de la administración activa, por cuanto su actuación es consecuencia lógica y necesaria de su competencia constitucional asignada. (Voto No. 13140-2003 de las 14:37 horas del 12 de noviembre del 2003).

Dentro de ese sustento constitucional aludido, la potestad de comentario, a cargo de la CGR, es parte del principio de tutela administrativa (que también es de rango constitucional, ex art. 140.8 de la Carta Magna), el cual posibilita el ejercicio de una serie de facultades a cargo del Estado sobre todos los entes y órganos que integran la Administración Pública -con sus respectivas matizaciones, claro está, de acuerdo con los respectivos grados de autonomía-, cuyo objetivos últimos son garantizar la corrección, la armonía y la coordinación de la entera conducta de la Administración Pública como organización administrativa.

Esta potestad, -que dado su sustento constitucional no podría asimilarse una intromisión en la autonomía funcional propia de cada entidad u órgano público-, es un reflejo del control y vigilancia superiores que deben existir en áreas vitales del funcionamiento del Estado -en el más amplio sentido del término- y debe entenderse e interpretarse en forma extensiva, en beneficio de la fiscalización y del cumplimiento de los objetivos de control previstos por el constituyente originario. Tal ha sido la posición que ha asumido la Sala Constitucional, verbigracia, cuando expresó que:

... cualquier desarrollo legislativo debe conformarse con ésta [se refiere a la competencia constitucional de la CGR] 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. (Voto No. 8920-2009, de las 14:54 horas del 27 de mayo del 2009).

Por ende, si bien la potestad de la CGR relativa a la determinación de sanciones en materia de Hacienda Pública, es el resultado de una previsión legislativa concreta (art. 68 de la Ley No. 7428), su sustento es superior, arraigado en la Carta Magna.

De tal modo, en mi criterio, el fundamento supremo de la potestad de la CGR está fuera de discusión, pero todavía más, pues su sustento está no solo en el tenor literal del artículo 184.5 de la Constitución Política, sino también en el Derecho de la Constitución, el cual está integrado, entre otras, por la norma constitucional, pero también por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual según pudo verse, confirma la juridicidad constitucional de la potestad bajo estudio. Lo anterior, se ve acentuado por el carácter vinculante, erga omnes, de la jurisprudencia constitucional, según se encuentra establecido en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (1989).

2. Materias que conforman el núcleo duro de la potestad de investigación y recomendación de sanciones

A pesar de que ya he abordado que el ámbito propio de la potestad bajo estudio, relativa a la determinación de sanciones a cargo de la CGR, está definido por el concepto de Hacienda Pública, lo cierto es que resulta importante enfatizar cuáles materias son susceptibles de estar comprendidas en ese núcleo esencial de la potestad del órgano contralor.

Para esa puntualización, lo primero que debemos tomar en cuenta es que existe una norma legal concreta que establece un conjunto de materias que conforman el concepto objetivo de Hacienda Pública y que, por ello mismo, forman el ámbito material de cobertura de la potestad de recomendación de sanciones a cargo de la CGR.

Así, a partir del texto del artículo 8 de la LOCGR y sin un afán exhaustivo -dada la gran cantidad de normas al respecto-, las materias que comprenden el núcleo de la potestad de la CGR, es el siguiente:

1. Los **fondos públicos** y las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos: El desarrollo de esta temática, comprende el régimen de principios, responsabilidades y sanciones, establecido en la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (2001); el Reglamento a dicha ley, Decreto Ejecutivo No. 32988 (2006); la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1994), el Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central, Decreto Ejecutivo

No. 30720; Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 (2004) y su Reglamento; así como las disposiciones de la CGR en el ejercicio de sus competencias de fiscalización; entre otros.

2. 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**: Bajo este espectro de cobertura, sin intención de enumeración exhaustiva, tenemos:

(i) Presupuestos públicos: Su desarrollo se encuentra prioritariamente en los principios constitucionales y legales que rigen el proceso presupuestario; asimismo, en el régimen presupuestario establecido en la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y su Reglamento; las Directrices sobre el Sistema de Información sobre Presupuestos Públicos SIPP, resolución No. R-DC-54-2010 (2010), los Lineamientos generales a considerar en la formulación de planes operativos anuales y presupuestos de los entes y órganos públicos, resolución No. L-5-2004-CO-DFOE (2004), y las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, resolución No. R-DC-24-2012, (2012), reformada por la resolución No. R-DC-064-2013, emitidos por la CGR; entre otros instrumentos normativos.

(ii) Contratación administrativa: Comprende las disposiciones al efecto establecidas en la Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494 (2005), y el Reglamento a dicha ley, Decreto Ejecutivo No. 33411 (2006); los reglamentos internos de contratación, propios de las entidades sujetas únicamente al régimen de principios y prohibiciones de las normas antes señaladas; el Reglamento para el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, resolución No. R-CO-44-2007, (reformado recientemente mediante resolución No. R-DC-114-2016); entre otras.

(iii) Control interno y externo: En este ámbito, se encuentran primordialmente las normas estipuladas en la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292 (2002); y las Normas de Control Interno para el Sector Público, resolución No. R-CO-9-2009 (2009), emitidas por la CGR; entre otros.

(iv) Responsabilidad de los funcionarios públicos: El régimen de responsabilidad de los servidores públicos, cuando con dolo o culpa grave han ocasionado un daño antijurídico en la esfera jurídica de la Administración Pública para la cual sirven, o bien, a un tercero, también es parte del espectro de cobertura de la potestad de la CGR para el establecimiento de sanciones.

No obstante, para que la competencia del órgano contralor pueda desplegarse, se precisa que estemos ante el régimen de responsabilidad administrativa del funcionario público, derivado de las infracciones previstas en la Ley Orgánica de la CGR, o bien, en el ordenamiento de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública.

De esa forma, sin una pretensión exhaustiva o acabada, las materias a las que se hizo referencia anteriormente, posibilitan el ejercicio de la potestad de la CGR, cuyo objeto sería la determinación de infracciones al régimen superior de la Hacienda Pública y su corrección. Así, por ejemplo, el Tribunal Contencioso Administrativo, sección sexta, ha indicado:

Sobre las competencias de la CGR para disponer sanciones relacionadas con el régimen de la Hacienda Pública. Un aspecto que resulta imperativo analizar en este proceso, se refiere a las competencias de la instancia contralora para instruir procedimientos de carácter sancionatorio contra agentes públicos que con sus acciones u omisiones cometan infracciones al régimen de la Hacienda Pública, eje que incluye el correcto y eficiente manejo de los fondos y bienes públicos, control interno, deber de probidad. (...). (Voto No. 173-2016-VI, de las 09:30 horas del 22 de noviembre del 2016).

En consecuencia, la potestad de emitir una recomendación sancionatoria, se origina y se concreta, únicamente cuando la CGR tenga por acreditada la infracción del régimen jurídico, técnico y financiero de la Hacienda Pública, integrado por el ordenamiento de control y fiscalización superiores supra indicados. Tal ha sido la posición asumida por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuando manifestó:

(...) en criterio de esta Cámara, es que el órgano contralor puede realizar auditorías o instruir procedimientos administrativos necesarios, para determinar el cumplimiento de las normas jurídicas y financieras que lo informan, así como

establecer la responsabilidad de los funcionarios quienes hayan cometido alguna infracción o lesión a la Hacienda Pública, sus componentes o al ordenamiento de fiscalización y control, pero cuando dicho actuar ha sido atribuido de manera directa al funcionario que se investiga. (Voto No. 516-F-51-2014 de las 09:00 horas del 10 de abril del 2014).

Consecuentemente, las materias a las que se hizo referencia, están comprendidas dentro de la potestad de investigación y establecimiento de sanciones a cargo de la CGR, por constituir el núcleo duro del ordenamiento de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública.

3. Instrucción del procedimiento administrativo en relación con el servidor público investigado

El ejercicio de la potestad de investigación de presuntas infracciones al régimen de la Hacienda Pública, va de la mano con la sustanciación de un procedimiento administrativo ordinario, en sede administrativa de la CGR, a través del cual, se le brinde al presunto infractor el respeto pleno de las garantías del debido proceso.

De tal manera, el investigado debe tener la posibilidad efectiva de ejercitar su derecho a la defensa, ofrecer la prueba de descargo, acceder irrestrictamente al expediente, formular los alegatos que estime pertinentes en defensa de sus intereses e interponer los recursos que, conforme al numeral 50 del Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinaria y Anulatoria en Hacienda Pública de la CGR (2011), sean procedentes en contra del acto final.

Una vez sustanciado el procedimiento y solo cuando se haya constatado una infracción al régimen de la Hacienda Pública, la CGR podría disponer una sanción en contra del servidor, la cual deberá ser cumplida, en términos exactos, por el órgano competente de la entidad u órgano público sujeto a la potestad de la CGR. Esto es así, básicamente, porque, aunque la CGR tiene la potestad para instruir el procedimiento y determinar una eventual sanción en contra de un funcionario que presta sus servicios para un sujeto pasivo, es únicamente éste último, a través del superior jerárquico respectivo, quien ejerce la potestad sancionatoria disciplinaria sobre el servidor.

4. Plazo de prescripción para recomendar y ordenar sanciones

La potestad para establecer sanciones en contra de un presunto servidor que ha cometido una infracción a la Hacienda Pública, está sujeta a un plazo de temporalidad, transcurrido el cual, se pierde por prescripción la facultad para llevarla a cabo. De esa manera, el artículo 68 de la Ley Orgánica de la CGR, en lo que es de interés, señala:

”Artículo 68.

(...) El derecho de la Contraloría General de la República a ejercer, en el caso concreto, la potestad para recomendar u ordenar la aplicación de sanciones prescribirá en el término de dos años contados a partir de la iniciación del expediente respectivo.

El inicio del expediente se entenderá con la orden de la oficina competente de la Contraloría para comenzar la investigación del caso, en relación con determinados servidores.”

De esa manera, del propio artículo 68 de comentario, parece desprenderse un plazo de dos años cuyo objeto es la investigación de la presunta irregularidad, con el fin de determinar la procedencia o no, para dar inicio formal al procedimiento administrativo.

Ahora bien, también podría considerarse que, dada la regulación más exhaustiva y acabada del numeral 71 de la Ley Orgánica de la CGR, en cuanto a la prescripción de la responsabilidad administrativa, el órgano contralor tiene un plazo de cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho, -en los supuestos de hechos irregulares notorios-, o bien, a partir de que el órgano competente de la CGR ha sido puesto en conocimiento de los resultados de una eventual investigación preliminar o estudio de auditoría, -en los supuestos de hechos irregulares no notorios-, para dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio.

En nuestro criterio, la adopción de uno u otro plazo, bajo un criterio de interpretación finalista y, en atención al bien jurídico tutelado, referido a la sana administración de los fondos públicos y a la corrección de la conducta de los sujetos pasivos de la fiscalización de la CGR, así como la de los servidores de tales sujetos pasivos, debe inclinar la balanza hacia el plazo de prescripción especial del numeral 71 de la Ley Orgánica de la CGR.

Por su parte, una vez que se ha dado inicio formal al procedimiento y se ha notificado al presunto infractor el respectivo traslado de cargos, debemos entender que la prescripción se interrumpe con efectos continuados, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo y hasta el dictado del acto final (art. 71 íbid.).

5. Vinculatoriedad de la sanción y plazo para ejecutarla

En el ejercicio de la potestad de investigación de presuntas infracciones al régimen de la Hacienda Pública y, al cabo del procedimiento administrativo tendiente a la determinación de la verdad real de los hechos, la recomendación que adopte la CGR es obligatoria para la Administración o sujeto pasivo de la fiscalización del órgano contralor. Al respecto, el artículo 68 de la Ley No. 7428, en lo que es de interés, señala:

Artículo 68.

(...) La autoridad competente del sujeto pasivo requerido deberá cumplir, dentro del plazo que le establezca la Contraloría, con la recomendación impartida por esta; 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. En este caso y una vez resuelta la gestión indicada, deberá cumplir, sin dilación, 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. (...).

Bajo el contexto de la norma de comentario, sobresalen dos aspectos que es preciso abordar:

1. En primer lugar, la sanción que determine la CGR, no es optativa para el sujeto pasivo y éste deberá hacerla efectiva en el plazo que al efecto le establezca la CGR; sobre la vinculatoriedad de los dictámenes de la CGR, la Sala Constitucional ha indicado lo siguiente:

En efecto, se advierte que la vinculatoriedad de los dictámenes de la Contraloría está referida no a los estudios que anteceden un procedimiento administrativo – que corresponden a la etapa preliminar de los procedimientos administrativos –, sino a la decisión que resuelve ese procedimiento administrativo, en el que se determina la sanción a aplicar, en el que se dan plenas garantías del debido

proceso... Así, esta vinculatoriedad deriva de las mismas normas constitucionales –183 y 184–, esto es, del reconocimiento de la función de control y fiscalización de la hacienda pública que le ha sido otorgada –se insiste– por mandato constitucional a la Contraloría. Por ello, lejos de ser inconstitucionales son conformes con el Derecho de la Constitucional los artículos 4 y 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en tanto reconocen y disponen la vinculatoriedad de los dictámenes de este órgano constitucional, como condición indispensable para que cumpla el cometido que la Carta Fundamental le ha encomendado. (...). (Voto No. 13926-2006 de las 14:44 horas del 20 de setiembre del 2006).

2. Y, en segundo término, la sanción no la aplica la CGR, sino el superior jerárquico del servidor que ha cometido la infracción, quien, a su vez, podría formular una gestión de revisión ante la CGR, en caso de no estar de acuerdo con la recomendación.

Ahora bien, un aspecto adicional que merece atención, es lo relativo al plazo con que cuenta el sujeto pasivo para ejecutar la sanción dictada por la CGR.

En la práctica, una vez que adquiere firmeza la resolución por medio de la cual se establece una determinada sanción, la CGR otorga al sujeto pasivo un plazo de cinco días para que éste informe al órgano contralor las decisiones adoptadas a lo interno de la Administración, respecto de la forma en que ejecutarán y cumplirán lo dispuesto por la CGR.

No obstante, la duda sobre el plazo máximo para ejecutar la sanción, se acrecienta en los supuestos en que el superior jerárquico del servidor infractor, ha interpuesto la gestión de revisión ante la CGR.

En tales supuestos, de acuerdo con el texto del numeral 68 de la Ley No. 7428, una vez resuelta la gestión indicada, el sujeto pasivo debe cumplir, sin dilación, con lo dispuesto en el pronunciamiento técnico jurídico final de la CGR; lo anterior, sin perjuicio del régimen de prescripciones contemplado en la misma ley. Es decir, como puede apreciarse, no se establece un plazo concreto para ejecutar la sanción cuando ha sido resuelta la gestión de revisión por parte del órgano contralor.

Bajo ese contexto, podría entenderse que, una vez resuelta la gestión de revisión por parte del Contralor (a) General de la República, empieza de nuevo a computarse el mismo plazo otorgado por el órgano contralor, al momento de adoptar la sanción, para que el sujeto pasivo informe y ejecute tal mandato disciplinario; sin embargo, si se interpreta que, bajo el tenor del artículo 68 de la Ley No. 7428, lo correspondiente es aplicar el régimen de prescripciones contemplado en dicha ley, el panorama cambia drásticamente en cuanto al plazo máximo para ejecutar la sanción.

De tal manera y, ante el vacío normativo existente, podría considerarse que, al estar frente a la materia propia de la Hacienda Pública, no resulta aplicable el plazo de prescripción de un mes previsto en el artículo 603 del Código de Trabajo, sino el plazo de cinco años previsto en el numeral 71 de la Ley Orgánica de la CGR, al que se hizo referencia supra, sin embargo, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, señaló que ante los supuestos de faltas reguladas en alguna de las leyes de control y fiscalización superior, o bien, establecidas en la propia Ley Orgánica de la CGR, este plazo tampoco resulta aplicable; así, dicho alto tribunal expresó:

En cuanto al plazo que tiene la Administración para ejecutar la sanción que resultó de un procedimiento administrativo donde se intimaron hechos concernientes a alguno de los dispuestos en la LOCGR, en las normas de control y fiscalización superior, o correspondientes a infracciones al deber de probidad en el manejo de recursos públicos, han de hacerse las siguientes consideraciones. (...) En los casos como el del subexamine no es posible acudir al artículo 603 del CT para suplir el vacío normativo, dado que se está ante infracciones previstas en la LOCGR y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, que es materia especial. El precepto 71 de la LOCGR establece que las faltas del funcionario público a las normas de cita prescribe en cinco años. Por ende, en principio, pareciera lo conducente sería interpretar que, si la Administración cuenta con el plazo de cinco años para ejercer la potestad sancionatoria, entonces contaría al menos con un lapso similar para ejecutar lo resuelto. Sin embargo, estima esta Cámara dicha interpretación atentaría contra los principios de seguridad jurídica, continuidad y eficiencia de la Administración, por lo que lo más razonable es que la sanción se ejecute en un plazo prudencial, sin que pueda retardarse injustificadamente, de modo que resulte excesivo, dado que iría contra los principios de celeridad, proporcionalidad y razonabilidad. (Voto No. 62-F-TC-2015 de las 09:54 horas del 04 de junio del 2015).

De ahí que, como se puede apreciar, para el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, ante faltas reguladas en alguna de las leyes de control y fiscalización superior, la sanción debe ejecutarse en un plazo prudencial; sin embargo, la valoración que ello apareja, puede generar diversas interpretaciones en la praxis jurídica, lesivas de la seguridad y certeza jurídicas, máxime cuando, en los supuestos objeto de estudio, inicialmente es la propia CGR la que fija un plazo puntual para que sea ejecutada la sanción.

Ahora bien, con el debido respeto para el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, aún y con todo lo expuesto, en mi opinión, no es aconsejable dejar librada la ejecución de las sanciones dictadas por la CGR, a lo que prudencialmente, pueda estimarse en cada caso concreto. Dicha situación, en el plano práctico, puede provocar mayor incerteza e inseguridad jurídicas que aquellas que se trataron de prevenir al establecer ese parámetro de temporalidad.

Así, a pesar de que bajo una primera aproximación podría considerarse que el plazo de prescripción para ejecutar las sanciones recomendadas por la CGR, debe ser el mismo plazo especial de cinco años, previsto en el artículo 71 de la Ley No. 7428 para la prescripción de la responsabilidad administrativa, es lo cierto que dicho plazo está específicamente previsto para que la CGR pueda perseguir una eventual transgresión al régimen de principios y obligaciones de la Hacienda Pública, mas ello no significa que necesariamente deba ser el mismo plazo que, por auto integración del ordenamiento, deba aplicarse para la ejecución de la sanción.

Ante una situación como la que se expone, es de suma importancia valorar cuál es el bien jurídico tutelado a través del ordenamiento de control y fiscalización superiores de la Hacienda Pública. En mi criterio, tal bien jurídico tutelado, se concreta en la sana administración de los fondos públicos y en la corrección de la conducta de los sujetos pasivos de la fiscalización de la CGR, así como la de los servidores de tales sujetos pasivos.

Por ende, tal bien jurídico reviste una importancia de primer orden, -que incluso es de interés público-, lo cual apareja que la sanción deba ejecutarse en un plazo que posibilite garantizar con celeridad y prontitud su tutela, en

aras de adoptar las medidas correctivas y de restablecer, en la medida de lo posible, los efectos de la infracción ocurrida.

En consecuencia, en mi criterio, el plazo para ejecutar las sanciones dictadas por la CGR, debe entenderse referido al plazo mensual previsto en el artículo 603 del Código de Trabajo, puesto que, aunado a la seguridad jurídica que proyecta, también coadyuva a la tutela célere y efectiva del interés público de orden superior, radicado en la protección de la Hacienda Pública.

De ahí que, bajo esta perspectiva, debemos entender que es el interés público lo que determinó que el legislador estableciera un plazo dilatado para la persecución de las posibles infracciones al régimen de la Hacienda Pública (cinco años según el artículo 71 de la Ley No. 7428) y, es el mismo interés público, el que permite sustentar que una vez establecida la sanción, -en los casos en que se ha acreditado la falta-, esa sanción deba ejecutarse en un plazo célere y sin retardos, con el objetivo de resguardar el bien jurídico tutelado.

Bajo ese contexto, es mi criterio que, ante el vacío normativo existente, lo procedente es entender que el parámetro máximo de ejecución prudencial de las sanciones dictadas por la CGR, en los supuestos de infracción constatada al régimen de la Hacienda Pública, es el de un mes previsto en el numeral 603 del Código de Trabajo.

IV. Competencia del Tribunal Supremo de Elecciones sobre las sanciones de suspensión de alcaldes municipales dictadas por la Contraloría General de la República

En el ejercicio de la potestad de recomendación de sanciones, la CGR puede establecer la suspensión de credenciales de los alcaldes, vice alcaldes, regidores o síndicos municipales, cuando se haya acreditado que tales funcionarios de elección popular, han cometido una infracción al régimen de obligaciones y principios de la Hacienda Pública.

Sobre el particular y, ante la controversia surgida respecto de cuál era la entidad competente para ejecutar la recomendación vinculante dictada por la CGR, el Tribunal Contencioso Administrativo determinó que tal competencia y obligación recae sobre el Tribunal Supremo de Elecciones; en lo de interés, el indicado Tribunal manifestó:

Luego de dichos factores, es consideración de este Tribunal que la competencia para aplicar e imponer las sanciones de suspensión a los alcaldes municipales, que recomienda la CGR en aplicación del ordinal 68 LOCGR, corresponde al TSE. (...) Se declara que corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones la aplicación y ejecución de la sanción de suspensión (u otra que corresponda) de los Alcaldes Municipales, que de conformidad con el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (No. 7428) dicte esa instancia administrativa por infracciones a las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización contemplado en dicha fuente legal o haya provocado lesión al régimen de la Hacienda Pública. (Voto No. 0173-2016-VI, de las 09:30 horas del 22 de noviembre del 2016).

Esta posición, confirma que la ejecución de las sanciones establecidas en contra de los indicados funcionarios de elección popular, debe estar a cargo del TSE, pues es el órgano que constitucionalmente tiene a su cargo, en forma exclusiva, la materia electoral y, por ende, es quien posee la competencia para hacer efectiva la suspensión de credenciales.

V. Conclusiones

La potestad de investigación y recomendación de sanciones, que tiene a su cargo la CGR, es un producto de la ideología democrática y de garantías del Constituyente originario de 1949.

Si bien la potestad bajo estudio no se establece propiamente en el texto constitucional, -lo cual es lo normal en la estructura dogmática y orgánica de las constituciones políticas-, lo cierto es que su sustento es constitucional puro, en los numerales 183 y 184 de la Carta Magna, en cuanto tales normas asignan a la CGR, el control superior y vigilancia de la Hacienda Pública.

Por ende, en mi criterio, la potestad bajo estudio, -con sus particularidades y efectos antes estudiados-, es un instrumento en beneficio del control y participación ciudadanos sobre la gestión pública y en particular, sobre la conducta de los servidores públicos, quienes, en cualquier caso, están al servicio de los administrados en general "(...) y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar." (Artículo 114 de la Ley General de la Administración Pública).

De tal forma, a través de esta potestad, la CGR hace efectivos los principios constitucionales de participación y control ciudadanos sobre los fondos públicos, transparencia y rendición de cuentas, los cuales deben imperar en la gestión pública y, con particular énfasis, en la conducta de los servidores públicos; lo anterior, puesto que, al fin y al cabo, por el carácter servicial de la Administración Pública, ésta y sus funcionarios, están al servicio de los intereses públicos y por ellos, objetivamente, deben velar.

Referencias

Asamblea Legislativa. (1949). Constitución Política de Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1978) Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1989). Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley n.º 7135. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (1994). Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2001). Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley n.º 8131. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2002). Ley General de Control Interno, Ley no.º 8292. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2004). Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley n.º 8422. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. (2005). Ley de Contratación Administrativa, Ley no.º 7494. Costa Rica.

Poder Ejecutivo. (2002). Reglamento para el Registro y Control de Bienes de la Administración Central, Decreto Ejecutivo No. 30720. Costa Rica.

Poder Ejecutivo. (2005). Reglamento a la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Decreto Ejecutivo No. 32333. Costa Rica.

Poder Ejecutivo. (2006). Reglamento a la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Decreto Ejecutivo No. 32988. Costa Rica.

Poder Ejecutivo. (2006). Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo No. 33411. Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2004). Lineamientos generales a considerar en la formulación de planes operativos anuales y presupuestos de los entes y órganos públicos, resolución No. L-5-2004-CO-DFOE. Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2007). Reglamento para el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, resolución No. R-CO-44-2007. Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2009). Normas de Control Interno para el Sector Público, resolución No. R-CO-9-2009. Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2010). Directrices sobre el Sistema de Información sobre Presupuestos Públicos SIPP, resolución No. R-DC-54-2010. Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2011). Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinaria y Anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República, resolución No. R-DC-199-2011. Costa Rica.

Contraloría General de la República. (2012). Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, resolución No. R-DC-24-2012. Costa Rica

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. (2003). Sentencia No. 13140-2003 de las 14:37 horas del 12 de noviembre. Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. (2006). Sentencia No. 13926-2006 de las 14:44 horas del 20 de setiembre. Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional. (2009). Sentencia No. 8920-2009, de las 14:54 horas del 27 de mayo. Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (2014). Sentencia No. 516-F-S1-2014 de las 09:00 horas del 10 de abril. Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo. (2015). Sentencia No. No. 62-F-TC-2015 de las 09:54 horas del 04 de junio. Costa Rica.

Corte Suprema de Justicia. Tribunal Contencioso Administrativo. (2016). Sentencia No. 173-2016-VI, de las 09:30 horas del 22 de noviembre. Costa Rica.

El principio non bis in idem en el Derecho Administrativo sancionador,
con especial referencia a la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República

Sumario:

I. Introducción. II. Relación entre la sanción administrativa y la penal. III. El Principio non bis in ídem en la Potestad Sancionadora Administrativa. a. Relación con la cosa juzgada. b. Casos conflictivos en la aplicación del non bis in ídem. c. Simultaneidad de procesos penales y administrativos. d. El principio non bis in ídem y la sanción a personas jurídicas. IV Conclusiones. Referencias .

Luis Alonso Richmond Portugal¹

¹ Licenciado en Derecho. Funcionario de la División Jurídica en la Contraloría General de la República de Costa Rica.

I. Introducción

Una de las principales potestades de fiscalización de la Contraloría General de la República corresponde a su capacidad para iniciar e instruir procedimientos que puedan asignar responsabilidades de carácter administrativo y patrimonial a funcionarios de la administración pública que hayan cometido infracciones estipuladas en la normativa de su competencia. Todo esto se realiza por medio del dictado de recomendaciones de carácter vinculante para las administraciones respectivas.

Dicha potestad se encuentra regulada en los artículos 68 y siguientes de su Ley Orgánica (Ley n° 7428) y se ve complementada por las disposiciones sancionatorias de las normas que, junto con esta, componen el Ordenamiento de Control y Fiscalización Superiores, a saber: la Ley de Contratación Administrativa (Ley n° 7494); la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, (Ley n° 8131); la Ley General de Control Interno (Ley n° 8292) y la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (Ley n° 8424).

A las leyes citadas, se añaden las normas de aplicación general en la materia, específicamente la Constitución Política y la Ley General de la Administración Pública, así como otras normas conexas, por ejemplo: el Código Municipal.

Esta función sancionatoria que ejerce la Contraloría General ha adquirido especial significado desde hace algunos años, principalmente por las siguientes razones:

1. Desde el plano de la praxis jurídica, dicha potestad ha sido sometida a cuestionamientos de tipo constitucional, en los que se ha sostenido su adecuación con el ordenamiento, así como otros de carácter jurisdiccional y aquellos que podrían llamarse de tipo competencial, que surgen de la relación entre el órgano contralor y el Tribunal Supremo de Elecciones en el tema de la sanción a funcionarios de elección popular.

2. Desde una concepción más doctrinaria, se pretende especializar el estudio de la función sancionadora y el carácter punitivo de la potestad, su análisis involucra la relación con formas propias del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, sobre todo cuando se trata de principios y garantías, de carácter constitucional y legal.

Dentro del complejo catálogo aplicable, en esta ocasión, interesa trabajar, específicamente, sobre la figura del non bis in idem. Para esto, corresponderá en primera instancia una conceptualización de este principio, que involucra la normativa que le da sustento, así como conocer su relación con la figura procesal de la cosa juzgada. Posteriormente, se analizará una serie de situaciones que pueden ser entendidas como conflictivas o límite en cuanto al non bis in idem se refiere. Por último, en un apartado se analiza la confluencia entre responsabilidad administrativa y penal, principalmente en cuanto a la prejudicialidad, y sus repercusiones en la búsqueda de la verdad real.

Antes se presenta de forma breve la mencionada relación entre la sanción penal y la administrativa y se analizan cómo los principios aplicables a un proceso pueden ser aplicables al otro.

II. Relación entre la sanción administrativa y la penal

Como se indicó, el Derecho Administrativo Sancionador como concepto jurídico se ha desarrollado recientemente en la doctrina y aún se encuentra en constante estudio y evolución. Básicamente, se le considera como un campo de estudio independiente, pero vinculado siempre para efectos académicos, relación con el Derecho Penal, surge la autonomía del primer (Góngora, 2008, p. 259).

Esto se comprende mejor al estudiar las posiciones sobre la separación entre ambos órdenes, que se manifiestan en una serie de teorías, las cuales se resumen a continuación:

Algunas de dichas teorías, se concentran en la separación a partir de la forma como está estructurado el ordenamiento jurídico respectivo. De esta forma, por un lado la teoría autonomista identifica el Derecho Administrativo Sancionador como uno particular, independiente en normas y principios del Derecho Penal. Por otro lado, la teoría de la dependencia relativa con el Derecho Penal liga completamente ambos sistemas. También se encuentra la teoría del Derecho Administrativo Sancionador, propiamente dicho, en la que se indica que esta facultad del Estado es parte de su actuar punitivo, compuesto además por el Derecho Penal; es decir, ambos funcionan de forma paralela (Góngora, 2008, p. 260).

Otro grupo de teorías se concentra más en las características de la sanción que puede imponer cada sistema, para determinar su coincidencia o no. Aquí entran en juego las posiciones conocidas como cualitativas y cuantitativas.

Como su nombre lo indica, en el primer caso se trata de diferencias materiales, que hacen de ambos órdenes algo esencialmente distinto (Gómez y Sanz, 2013, p. 84). Se trata entonces de una distinción de especie entre ambos tipos de responsabilidad que los vuelve institutos separados.

La teoría cuantitativa niega las diferencias sustanciales. Su fundamento está en la gravedad de las sanciones que se ven involucradas (Gómez y Sanz, 2013, p. 84), donde las penales tradicionalmente se relacionan con limitaciones a derechos que solo un juez puede imponer, frente a otras de tipo administrativo, que en el caso del Derecho Sancionador de la Hacienda Pública, corresponden a afectaciones de tipo laboral principalmente. Por lo tanto, se conocen como cuantitativas por una diferencia de cantidad en la gravedad de las sanciones.

A las anteriores, puede sumarse otra posición que guarda ciertas variaciones, conocida como la tesis unitaria, la cual se puede comprender como aquella que "infracción penal y la infracción administrativa serían esencial, material, sustancialmente idénticas... Ello no equivale a asumir íntegramente la tesis llamada cuantitativa, en la medida en que no siempre hay una correlación entre infracciones administrativas y delitos. Por ello mismo se cierra el paso a aceptar que la diferencia sea siempre y en todo caso de grado." (Gómez y Sanz, 2013, p. 90). Esta tesis unificadora invita a la aplicación exacta del Derecho Administrativo Sancionador sin matices de los principios del Derecho Penal.

Puede verse otra posición interesante, que se separa de los criterios sobre los que trabajan las anteriores. Esta posición del autor Luciano Parejo sostiene que las diferencias entre una infracción penal y una administrativa no radican en su naturaleza, sino en decisiones de tipo político que escogen que determinada conducta corresponda a una infracción en un régimen y en otro no (Parejo, 2016, p. 821).

La posición más aceptada por la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho Comparado, es aquella que vincula ambos ordenamientos como parte de una división del ius puniendi estatal. En este sentido, se dice que:

La sanción administrativa puede definirse como un mal infringido por la Administración a un particular como consecuencia de una conducta ilegal... puede cumplir también una función disuasoria (indirectamente), ya que la amenaza de sanción puede disuadir a los probables infractores. (Hutchinson, 2003, p. 216)

A esta definición de carácter sumamente general, se puede añadir lo que se considera como objetivos de la responsabilidad administrativa en estos términos, que corresponde al aseguramiento del orden en la Administración: la sanción de faltas propiamente y especialmente, la acción de garantizarle al agente el derecho de defensa (Hutchinson, 2003, p. 219). Este último aspecto es fundamental y toma como base el sentido general del procedimiento administrativo, tal como se describe en el caso costarricense, en la Ley General de la Administración Pública, sobre todo en cuanto a la búsqueda de la verdad real.

La mayor fuente de tensión entre ambos tipos de responsabilidad se encuentra en el roce de derechos y garantías constitucionales al que se puede llegar en la vía administrativa, que podría entenderse, incluso, como un involucramiento dentro de la competencia de los órganos jurisdiccionales para establecer sanciones (Quintero, 1991, p. 256).

Con lo anterior se llega a la principal problemática que surge a partir de los dos tipos de responsabilidad estudiados, lo cual se puede resumir de la siguiente manera:

La identificación entre tanta confusión de lo que constituye propiamente la

potestad sancionadora de la administración no es una cuestión sin importancia: está en juego la aplicación no solo ya de las garantías penales en función de cómo calificamos ciertas actuaciones administrativas, sino también de los principios que deben informar la intervención del derecho punitivo, es decir, qué contenidos debe proteger, por qué procedimientos y a través de qué medios. (Quintero, 1991, p. 96).

De acuerdo con lo citado, uno de los temas de mayor importancia dentro del Derecho Administrativo Sancionador se relaciona con la forma como se limita la responsabilidad administrativa, principalmente mediante la aplicación de las garantías penales. Específicamente, la mayor discusión surge en torno a si la aplicación debe ser por igual o si se deben manejar variantes según la gravedad de la afrenta. La posición mayoritaria considera que la aplicación de las garantías penales debe darse de manera atenuada. Para determinar esto, es preciso tomar en cuenta una serie de diferencias entre ambos sistemas.

En primer lugar, se puede decir que existe una menor complejidad estructural en el sistema sancionador administrativo. Esto puede verse en un proceso más sencillo, aplicado normalmente por funcionarios que no guardan investidura de jueces y, por supuesto, con una gama de sanciones de aplicación más sencilla y, si se quiere, menos gravosa.

En segundo lugar, en muchas ocasiones se faltan regulaciones específicas en cuanto a la aplicación y contenido de garantías para el Derecho Administrativo, a diferencia de lo que sucede dentro del Derecho Penal, donde se pueden encontrar en las partes generales de los códigos penales o en los códigos que regulan dicho proceso. En el caso administrativo, normalmente los principios deben ser extraídos de normas de carácter más general, como la Constitución Política e interpretados por los tribunales respectivos. A esto se puede añadir que las normas sancionatorias, tal como se vio en el caso de aquellas que regulan la potestad de la Contraloría General de la República, se encuentran dispersas en diferentes textos legales y reglamentos.

Por último, un criterio diferenciador, que se considera fundamental, se centra en el objeto en que se basan ambos tipos de responsabilidad. En este sentido, para el Derecho Penal interesa la protección de bienes jurídicos (Gómez, 2012, p. 60), entendidos según la definición dogmática que se presenta más adelante. Sin embargo, el Derecho Sancionador de carácter administrativo no se ocupa de bienes jurídicos, sino de los deberes funcionales, aquellos que normalmente permiten el correcto desempeño de la administración pública, por lo que el desvalor puede estar en la acción propiamente, no solo en el resultado, como ocurre en materia penal. Como consecuencia, las sanciones serán principalmente de naturaleza disciplinaria. (Gómez, 2012, p. 51).

En relación con la potestad sancionadora de la Contraloría General y para comprender mejor lo señalado, es preciso remitirse a un ejemplo muy claro que se encuentra dentro de la Ley n° 8422, el llamado deber de probidad. Esta norma define aquel de la siguiente manera:

Artículo 3° – 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. (Ley n° 8422)

Asimismo, el reglamento de dicha Ley, en el inciso 11 de su artículo 1, hace algunas especificaciones sobre el tema, que van de la siguiente manera:

11) Deber de probidad: Obligación del funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público, el cual se expresa, fundamentalmente, en las siguientes acciones:

- a) Identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igual para los habitantes de la República.
- b) Demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley.
- c) Asegurar 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.
- d) Administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.
- e) Rechazar dádivas, obsequios, premios, recompensas, o cualquier otro emolumento, honorario, estipendio, salario o beneficio por parte de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, en razón del cumplimiento de sus funciones o con ocasión de éstas, en el país o fuera de él; salvo los casos que admita la Ley.
- f) Abstenerse de conocer y resolver un asunto cuando existan las mismas causas de impedimento y recusación que se establecen en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el Código Procesal Civil, y en otras leyes.
- g) Orientar su actividad administrativa a satisfacer primordialmente el interés público. (Ley n° 8422)

Como puede verse, en ambos cuerpos normativos se han realizado esfuerzos por delimitar un concepto tan abierto como el de probidad, para lo cual se ha necesitado también de interpretaciones dentro de la práctica jurídica para afinar más el concepto. Sobre esto, existen variedad de criterios emitidos por órganos de consulta como la Procuraduría General y la Contraloría General de la República, así como otras jurisdicciones que conocen sobre estos temas, especialmente los de materia penal y administrativa y, por supuesto, sus respectivas salas de casación.

Sin embargo, lo que interesa por el momento no es el concepto propiamente del deber de probidad o aquellas acciones que lo definen, sino el valor que este guarda en los principales regímenes de responsabilidad de actos de corrupción, es decir: la administrativa y la penal. En otras palabras, conoce lo que llamaremos la doble condición de esta figura.

En primer lugar, debe tenerse claro el concepto de bien jurídico. Este constituye una figura desarrollada principalmente por la doctrina del Derecho Penal y aplicada esencialmente a este. Se constituye en un término con posibilidades de definición muy amplias, pero en términos generales se puede entender como aquel valor que el Derecho Penal protege de manera especial y que limita su accionar a las afectaciones sobre dicho bien. Incluso, se llega a entender esta protección como “subsidiaria”. Funciona como ultima ratio la mayoría de veces frente a ataques concretos en contra del bien jurídico (Roxin, 1997, p. 56, 65).

En el ordenamiento costarricense, antes de la entrada en vigencia de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública (en adelante LCCEIFP), los delitos funcionales existentes eran los regulados en el Título XV del Código Penal. Tal como se indica en este último, originalmente el bien jurídico protegido consistía en los “deberes de la función pública”. Sin embargo, puede verse un cambio en este sentido, una vez que entra a regir la citada Ley.

Sobre este tema, es precisa la referencia a la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha expresado que dichos “deberes de la función pública”, deben entenderse “en la actualidad como la infracción al “deber de probidad”, según se expresa en el artículo 3º de la Ley n.º 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública” (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución N° 00310-2015).²

En cuanto a la relación de este bien jurídico con otros que pueden parecer en competencia, como el patrimonio estatal, la misma Sala ha manifestado que:

La posición más reciente de esta Sala ha resaltado la importancia del bien jurídico protegido por los delitos que se tipifican dentro del Título XV del Código Penal “Delitos contra los deberes de la función pública” que antes que el patrimonio, interesa el deber de probidad en el ejercicio de la función pública, de relevancia esencial en el esquema de un estado democrático de derecho (así, precedente número 149-07, de las 16:10 horas, del 27 de febrero de 2007 de esta Sala. En igual sentido, precedente número 857-06, de las

² Se pueden consultar sentencias anteriores de la misma Sala Tercera: 221-F de las 9:15 horas del 10 de agosto de 1990, Voto 692-F-93 y Voto 1055-97 de las 15:30 horas del 30 de septiembre de 1997.

10:00 horas, del 4 de setiembre de 2006, incluidas las consideraciones del voto salvado del magistrado Arce Víquez). (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución n.º00938-2008)

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, como ya se ha mencionado, el deber de probidad funciona como sustento a la actividad administrativa, en forma diferente a lo que se conoce como bien jurídico. En primer lugar, lo que busca es sustentar el adecuado desempeño de los funcionarios públicos y funciona para interpretar todo el régimen preventivo de la Ley n.º 8422. Sobre él se ha dicho que:

Pretende aportar aspectos de mayor concreción que de alguna manera orientan las acciones del agente público (o son líneas que deben hacerlo), a fin de que su conducta responda a esa dimensión teleológica, ya no solo a nivel de resultado, sino mediante la incorporación de deberes morales y éticos que garantizan transparencia y objetividad en su proceder. (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, Sentencia N°00095-2013)

Sin embargo, además del aspecto orientador y de prevención, debe tomarse en cuenta “que la infracción al mencionado deber de probidad no se encuentra inmune al marco de responsabilidad disciplinaria del agente público” (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI, Sentencia n.º 02073-2009).

Lo anterior es lo que dispone específicamente el artículo 4 de la misma Ley n.º 8422, que regula la responsabilidad administrativa derivada de la llamada “violación al deber de probidad”, de manera independiente de cualquier otro tipo de responsabilidad, cuya sanción, según el artículo, es la sanción de separación del cargo. Según lo visto, se puede ver cómo el deber de probidad funciona como lo que se llamó anteriormente un deber funcional, como objeto de protección por parte de la sanción administrativa.

En resumen, esta distinción que se ha propuesto entre los fines de los tipos de sanción en estudio, entiéndase Derecho Penal y la tutela de bienes jurídicos por un lado, y el Administrativo y la protección de deberes establecidos, tiene un ejemplo claro en lo que sucede con el llamado deber de probidad.

Luego de presentar las diferencias comentadas entre ambas responsabilidades, conviene retomar lo relativo a la aplicación de principios y garantías propias del Derecho Penal al Derecho Sancionador Administrativo. En Costa Rica, la Sala Constitucional ha expresado en reiteradas ocasiones que la naturaleza punitiva de las sanciones administrativas requiere el respeto de las garantías del Derecho Penal. Se inclina más hacia una aplicación “matizada” y no exacta de las sanciones.³

En el presente artículo, según se comentó, se hará referencia al principio non bis in idem, que resulta de importancia para la práctica de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República. Al respecto se hablará a continuación.

III El principio non bis in idem en la potestad sancionadora administrativa

Desde una perspectiva muy general, el denominado principio non bis in idem “la prohibición de sancionar simultánea o sucesivamente dos o más veces por un mismo hecho, cuando las normas sancionadoras posean un mismo fundamento o base racional” puede definirse de la siguiente forma: (Gómez y Sanz, 2013, p. 212).

El fundamento de esta figura se encuentra en diversos cuerpos normativos de importante rango: en el artículo 42 de la Constitución Política, al establecer que “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible” y en el numeral 11 del Código Procesal Penal, que reza lo siguiente: “Nadie podrá ser juzgado penalmente más de una vez por el mismo hecho”.

Si se retoma la definición citada al inicio de este apartado, el principio puede dividirse en dos acepciones: una material y otra de carácter procesal. Esto permite hacer distinción en los casos en que se protege al individuo en contra de la doble sanción (material) y aquellos en que se evita un

³ Sobre esto se pueden ver los votos de la Sala Constitucional 3929-1995, 1484-1996, 8193-2000, entre otras.

doble procesamiento, posterior o simultáneo (procesal). El artículo 42 constitucional, incluye ambas manifestaciones.

La aplicación de este precepto al Derecho Administrativo ha sido un tema resuelto desde hace años, sobre todo en los primeros votos de la Sala Constitucional. Al respecto, dicho tribunal constitucional manifiesta lo siguiente:

...la jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien en su acepción general, el principio mencionado constituye una prohibición a la doble persecución judicial por un mismo hecho a una misma persona, lo cierto es su aplicación también es obligatoria en sede administrativa, de ahí que la Administración se encuentra imposibilitada para sancionar doblemente, aun en sede disciplinaria, una misma infracción o hecho cometido por la misma persona..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución n.º10083-2004)⁴

Para estar ante un caso protegido por el non bis in idem, deben tenerse presente el requisito de la triple identidad entre sujeto, hecho y fundamento (Caro, 2007, p. 315). Si bien esta identidad es básica, no está demás aclarar los puntos. Sobre el sujeto, se trata de la persona que está siendo procesada o sancionada, sin necesidad de una correlación desde el punto de vista de la víctima. La identidad fáctica no necesariamente es indicativa de un doble juzgamiento, pues un mismo hecho puede generar diversas responsabilidades y efectos jurídicos, como se verá posteriormente. La igualdad del fundamento se entiende desde la perspectiva de la afectación al sistema jurídico. Como ya se ha visto, en el caso del Derecho Penal, se habla de la violación a determinado bien jurídico y en el Administrativo, el incumplimiento de deberes que orientan la gestión pública.

1. Relación con la cosa juzgada

Existe una tendencia a confundir el principio estudiado en este artículo con el instituto de la cosa juzgada. Si bien ambos están estrechamente ligados, hay que considerar lo que explica Alejandro Nieto (2006):

El principio del non bis in idem fue una derivación de la cosa juzgada en sus

⁴ En el mismo sentido, se pueden consultar los votos 15457 del 2010, 41520 del 2007, entre otros.

dos vertientes o efectos: el positivo (lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica) y el negativo (imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema). Lo que sucede es que con el tiempo se ha ido experimentando un continuado proceso de extensión... (p. 474)

Este proceso de extensión al que se hace referencia en la cita implica que el non bis in idem tiene un mayor alcance de protección que la figura de la cosa juzgada, por varias razones. En primer lugar, esta surge solo a partir de una sentencia firme, lo cual evita, por ejemplo protegerlo en un eventual caso de procesos simultáneos. Otro motivo más interesante es que la sujeción a una sentencia previa afecta la aplicación del principio en materia administrativa. Esto ocurre si se toma en cuenta el carácter no jurisdiccional del procedimiento y la sanción administrativa, los cuales carecen de cosa juzgada, como figura puramente judicial.

2. Casos conflictivos en la aplicación del non bis in idem

Los casos conflictivos en la aplicación del principio en estudio serán clasificados de la siguiente manera: los que tienen que ver con los hechos que conforman la acción ilícita, con el sujeto que comete la acción y con las normas que regulan la infracción.

La determinación del hecho o los hechos que conforman la acción ilícita puede traer una serie de situaciones conflictivas que deben ser analizadas. Como primer caso, se tienen aquellas situaciones en las que la infracción se da de una manera continuada. Esto ocurre cuando la violación de una norma es reiterativa, principalmente para la consecución de un fin.

Estas infracciones de tipo continuado, a pesar de su multiplicidad, suelen guardar unidad de tipo temporal, material y psicológica, con lo que podrían englobarse en una sola acción (Ramírez, 2013, p. 20). A partir de esto, el hecho generador de responsabilidad sería uno, por lo que no se podrían realizar procedimientos por cada una de las acciones. Esto podría compararse con la figura del concurso ideal en el Derecho Penal.

Otra situación con cierta complejidad, igualmente en relación con los hechos, es aquella en que una infracción sea necesaria, como un medio para la comisión de otra falta. Es decir, la segunda no puede ser cometida

sin realización de la primera. En este caso, debería optarse igualmente por la unidad, bajo el riesgo de entrar en contradicción con el non bis in idem (Ramírez, 2013, p. 21). Sin embargo, para ello debe demostrarse la conexión sine qua non entre las conductas.

Una última situación conflictiva, a partir de los hechos de una falta, surge de las llamadas infracciones permanentes. Este es el caso en que, a pesar de la tramitación de un procedimiento e incluso una vez fijada la sanción, el infractor continúa con su conducta. Sobre esto, se dice que “la unidad de acción debe estimarse rota cuando ya se ha iniciado un procedimiento sancionador...” (Gómez y Sanz, 2013, p. 225). Si dicha sanción no ha detenido la conducta irregular, podrá sancionarse nuevamente por los hechos ocurridos luego de la tramitación del primer procedimiento.

Al hablar de casos conflictivos en razón del sujeto que comete la falta, el ejemplo más claro es el de la reincidencia. Este ocurre cuando un individuo comete una misma falta luego de ser sancionado en una o más ocasiones. En este caso, aunque se trate de un mismo hecho, de una misma norma en juego y, por supuesto, de una misma persona, se trata de una nueva situación, por lo que no podría hablarse de un doble procesamiento o una doble sanción (Gómez y Sanz, 2013, p. 225). Sin embargo, esta situación se ha tomado como un criterio para agravar una sanción, tal como ocurre en el artículo 41 de la Ley contra la Corrupción, que dispone la reincidencia como un criterio para determinar el grado de la sanción por imponer ante determinada falta.

En otro orden de ideas, las mismas normas pueden generar situaciones límite de aplicación del non bis in idem, en caso de que un hecho pueda violentar diversas normas y ser sancionado por cada una de ellas. Esto corresponde a lo que se conoce como concurso aparente de normas, figura desarrollada originalmente por el Derecho Penal, como las que ya se han estudiado. Para resolver lo que pueda surgir en este sentido, existen diversas reglas consolidadas en los ámbitos doctrinario y normativo, a las cuales se les conoce como principios.

El Código Penal es expreso al manifestarlos y es posible llevar su aplicación al Derecho Administrativo sancionador. Específicamente, el artículo 23 de dicha Ley indica que

Cuando una misma conducta esté descrita en varias disposiciones legales que se excluyan entre sí, solo se aplicará una de ellas, así: “la norma especial prevalece sobre la general, la que contiene íntegramente a otra se prefiere a esta y aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria. (Código Penal, art. 23)

El primero de los principios entonces es el de especialidad, el cual se explica de la siguiente forma: “los tipos que están en una relación de especialidad se comportan como dos círculos concéntricos... Por aplicación del principio de especialidad debe entenderse, salvo indicación legal expresa en contrario, que la Ley especial deroga a la general.” (Gómez y Sanz, 2013, p. 230, 231). En este sentido, la norma sancionatoria que regule aspectos más específicos será la que prive frente a la disposición más general.

El otro principio que se puede extraer es el de consunción. Si se utiliza la misma metáfora para el caso anterior, operaría como dos círculos tangentes, en el que cada norma tiene su aplicación independiente, pero que pueden coincidir en un caso específico (Gómez y Sanz, 2013, p. 232). Lo que se debe determinar aquí es en qué momento una norma consume a la otra, al punto de volverla innecesaria para el caso concreto.

Por último, se habla del principio de subsidiariedad, manifestado por círculos secantes, en el que igualmente cada norma tiene su aplicación propia, pero coinciden en varios casos (Gómez y Sanz, 2013, p. 231). En palabras sencillas, se trata de normas que funcionan solo ante la no aplicación de aquella que entra en casos generales. Esta subsidiariedad puede darse de manera expresa o por interpretación de las mismas leyes.

Con respecto a esta situación y según el Derecho Administrativo en general, es común que se den casos donde exista la posibilidad de que varias normas regulen una misma situación. Sin embargo, lo más común es que exista un artículo que funcione a modo de catálogo de sanciones que se pueden adoptar y por aparte los que indican las conductas reprochables. Esto genera que, sin importar las disposiciones que se hayan infringido, la sanción sea finalmente la misma y con esto se subsane cualquier problema de non bis in idem en razón de las normas.

Para ejemplificar lo anterior, puede verse una conducta con importante reproche dentro del sistema normativo de la Hacienda Pública. Tal es el caso de la no presentación de presupuestos que deben ser aprobados por la Contraloría General de la República. La responsabilidad por esta conducta puede encontrarse en los artículos 19 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, 98 del Código Municipal y para los efectos que interesan, es una de las acciones catalogadas en el artículo 38 de la Ley contra la Corrupción, específicamente en su inciso h).

La multiplicidad de regulaciones no hace que deba instaurarse un procedimiento por cada una de ellas; más bien permite dar fundamento a la invalidez de la acción que los legisladores han buscado plasmar. Finalmente, la actuación será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la misma LCCEIFP.

Asimismo, el inciso d) del mismo artículo 38 de dicha Ley toma como falta el debilitamiento del control interno de la organización o la omisión de las actuaciones necesarias para su diseño, implantación o evaluación, de acuerdo con la normativa técnica aplicable, en la que se puede incurrir también, con la aplicación de la Ley General de Control Interno.

Un caso interesante, que involucra lo estudiado con respecto al principio de legalidad, es el de la llamada infracción al deber de probidad, explicada con anterioridad. Puede verse la letra del artículo 4 de la Ley n.º 8422, que indica: "...la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal." Este artículo, que contempla una sanción específica (separación del cargo), no impide la consideración de normas con disposiciones de menor gravedad, como el 41 de la misma ley, que permitiría tener como consecuencia de la infracción, la aplicación de amonestación escrita o suspensión del cargo hasta por treinta días.

Desde el punto de vista procesal (o procedimental), existe también la posibilidad de que una o varias normas permitan la instauración de procedimientos generados por los mismos hechos, de manera simultánea. Esto puede darse en distintas instancias de una administración o en distintas sedes administrativas según sea el caso.

Como un ejemplo adecuado en la LCCEIFP, se encuentra la doble competencia que esta norma otorga para la tramitación de los procedimientos administrativos de carácter sancionador. Cabe recordar en este sentido, lo dispuesto por el artículo 40 de dicha Ley:

Las sanciones previstas en esta Ley serán impuestas por el órgano que ostente la potestad disciplinaria en cada entidad pública... La Contraloría General de la República también será competente para tramitar el respectivo procedimiento administrativo y requerir a la entidad respectiva, en forma vinculante, la aplicación de la sanción que determine, cuando el caso verse sobre actuaciones regidas por el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública. (Ley n.º 8422, art. 40)

De acuerdo con lo anterior, existen muchas posibilidades de que los mismos hechos generen que se instauren dos procedimientos administrativos en ambas sedes. Un claro ejemplo es cuando un informe del órgano contralor funciona de insumo para la apertura del procesamiento. Una situación de este tipo puede ser resuelta por aplicación del principio "primero en tiempo, primero en derecho" (Gómez y Sanz, 2013, p. 235).

No obstante, en procedimientos vinculados con infracciones del ordenamiento de fiscalización de la Hacienda Pública, es el órgano contralor el que debe contar con una posición de prioridad para llevar a cabo la tramitación del expediente sancionatorio, ya que cuenta con una competencia especial en razón de la materia, exclusiva y vinculante necesaria para atender lo atinente a esta normativa, con mayor razón cuando son las unidades de fiscalización de dicho ente las que producen el informe que da origen a la investigación.

En este caso, el procedimiento iniciado dentro de la administración deberá ser suspendido hasta conocerse el resultado producido en la sede de la Contraloría General y se produce una especie de "prejudicialidad administrativa" que da prioridad al órgano contralor.

3. Simultaneidad de procesos penales y administrativos

La relación más interesante que surge dentro del Derecho sancionador, con respecto al non bis in idem, es aquella en la que interactúan la responsabilidad penal con la administrativa, es decir, cuando un mismo hecho puede ser generador de ambos tipos de proceso. En primer lugar, debe establecerse si procede la concurrencia de ambas responsabilidades y luego comprender qué sucede en estos casos.

Sobre este tema se ha indicado lo siguiente:

El correspondiente conflicto puede surgir, cuando menos, en los siguientes ámbitos: -Entre dos tribunales penales -Entre dos administraciones públicas o corporaciones con facultades sancionadora (Colegios profesionales). -Entre dos órganos de un mismo ente público “el supuesto más corriente: entre un Tribunal penal y un órgano administrativo; lo que eventualmente puede convertirse en un conflicto no ya entre una sentencia y un acto administrativo sino entre dos sentencias –o entre dos procesos jurisdiccionales-, cuando el acto administrativo sancionador se ha revisado –o está siéndolo– por un Tribunal contencioso-administrativo.” (Niето, 2006, p. 470).

Como se indicó en párrafos anteriores, cada tipo de responsabilidad guarda intereses distintos, en un caso la protección de bienes jurídicos y en el otro, el resguardo de deberes funcionales. Por este motivo, no sería una violación al non bis in idem mantener ambos tipos de potestades sancionatorias al mismo tiempo (Hutchinson, 2003, p. 224).

La Sala Constitucional ha sostenido lo siguiente:

Cabe indicarle al recurrente que en nuestro ordenamiento jurídico no resulta ilegítimo, ni siquiera fuera de lo ordinario, que un mismo hecho genere diversos efectos jurídicos. En el caso del recurrente, el hecho que se le atribuye puede generar responsabilidad penal si implica una conducta típica, antijurídica y culpable, así como responsabilidad disciplinaria si el mismo (sic) se constituye en una infracción a sus obligaciones como servidor público, sin que dicha situación implique –en principio– violación a sus derechos fundamentales. De allí, que la Sala ha estimado como válido que se tramite de manera independiente un

proceso penal y un proceso disciplinario respecto a (sic) los mismos hechos, a fin de que se resuelva sobre la respectiva responsabilidad en cada una de estas sedes, sin perjuicio claro está, que de establecerse en la vía penal que los hechos no existieron ello debe prevalecer sobre lo resuelto en otras vías... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones N° 8634-2001, 8191-2000 y 14384-2009)

De la misma manera, las leyes tienden a contemplar esta situación en su articulado. Esto se realiza bajo el estribillo “sin perjuicio de otras responsabilidades”. Es decir, la misma norma suele hacer referencia a que la sanción administrativa no excluye la aplicabilidad de otro tipo de sanciones, como las de tipo penal. Por este motivo, es que surgen dos efectos que la tramitación de un proceso penal tiene sobre un procedimiento administrativo, así como su resolución.

Para entender el primero de ellos, se debe comprender que si bien el proceso penal no impide la tramitación del procedimiento administrativo, el resultado del primero sí condiciona al segundo, específicamente en cuanto a los hechos que se determinen como ciertos, inciertos o falsos, los cuales deberán tomarse de esa manera para el procedimiento administrativo.

Sobre eso, se ha dicho en la doctrina lo siguiente:

Si el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, con el correspondiente enjuiciamiento y calificación de unos mismos hechos, no es posible aceptar divergencias en la existencia de los hechos: estos no pueden existir y no existir al mismo tiempo; no pueden darse por probados en un caso y considerarse inexistentes o no probados en otro. Distinto es el caso de la calificación de unos mismos hechos interpretados en forma distinta por diferentes órganos del Estado. (Hutchinson, 2003, p. 225).

La jurisprudencia nacional, principalmente de la Sala Constitucional, apoyada también por la Sala Primera, ha manifestado que:

Si se juzga un hecho en la vía penal y el imputado resulta absuelto, pueda ser disciplinariamente sancionado en vía administrativa por los mismos hechos. Se

reconoce que uno de los límites de la potestad sancionadora de la Administración es su subordinación a la Autoridad Judicial. De haber colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa, se debe resolver en favor de la primera. De este mismo principio se deriva la necesidad de que se respete la cosa juzgada. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones 3484-1994, 270-2004, 3726-2033, 2002-04035 y 4395-96; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 901-F-2006)

En cuanto a los hechos propiamente indicados, la misma Sala Constitucional ha determinado:

Si en vía penal se determina que el hecho no se cometió o no lo fue por la persona a la que se le atribuye, el notario no podría ser sancionado administrativamente por los mismos hechos. Si en vía penal se determina que el hecho irregular existió, pero no constituye delito, por ejemplo, por no haber sido cometido en forma dolosa, el asunto sí podría ser examinado en vía administrativa. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resoluciones 5253-1998, 5450-1996 y 364-1995)

Se comprende entonces la magnitud del condicionamiento que se ejerce, en este caso sobre los hechos que se tendrán por confirmados o no para el procedimiento administrativo. Así mismo, ya se ha mencionado en las citas anteriores, la subordinación que el procedimiento administrativo sufre frente a la actividad de la jurisdicción penal. Esto introduce el segundo condicionamiento que se da para la sanción administrativa, y es la prejudicialidad. Se señala, además:

La prejudicialidad surgiría en ciertos temas que, por su conexión lógica y jurídica con el objeto proceso, deben ser fallados, por el mismo juez u otro tribunal, antes de la decisión de fondo del conflicto sometido a su conocimiento. Dicho asunto, a su vez, tendría un grado de autonomía que permitiría ser resuelto en otro proceso, con efecto de cosa juzgada. (Romero, 2015, p. 454)

La clave de esta figura está en la necesaria resolución de un elemento, usualmente en otra vía, para poder dictar la resolución final.

Como puede observarse, la relación que en este sentido se da entre la tramitación de una sanción de tipo penal y otra de tipo administrativo se

da principalmente por la predominancia de la vía penal, por su carácter jurisdiccional, así como desde el punto de vista de los hechos que en ambas vías se dilucidan. No se da tanto por las sanciones que se dictan en ambas vías, pues lo normal es que no sean incompatibles.

El Reglamento de Organización y Servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República (Resolución R-2-2011-DC-DJ), regula en su artículo 29, aquello relativo a la prejudicialidad, para los procedimientos tramitados por la Contraloría General en razón de sus potestades, dentro de lo que cabe, la aplicación del régimen de responsabilidad administrativa de la Ley n° 8422.

Del texto, se destaca en primer lugar qué obliga a la suspensión del procedimiento administrativo cuando se haya dado una acusación en sede penal, por un caso que involucre las identidades correspondientes. En segundo lugar, resulta interesante la alusión expresa sobre “Los hechos demostrados en las resoluciones judiciales firmes vincularan al órgano decisor respecto de los procedimientos sancionatorios, en tanto el o los investigados hayan sido partes en el proceso.” (Resolución R-2-2011-DC-DJ, Art. 29).

El artículo reglamentario mencionado, para continuar con el ejemplo, indica que el procedimiento administrativo se debe interrumpir con la acusación. Cabe recordar que el sistema Procesal Penal costarricense consta de tres etapas: preparatoria, intermedia y de juicio. La primera está dedicada a la investigación, que permite formular la acusación, que es el acto emitido por el Ministerio Público, en el que solicita al juez la apertura de la etapa de juicio. Sin embargo, el efecto más inmediato de la acusación, es el inicio del llamado procedimiento intermedio, que consta salvo excepciones, de la audiencia preliminar, de naturaleza oral y privada.

Esta audiencia tiene como finalidad, de acuerdo con el Código Procesal Penal, analizar “la procedencia de la acusación o la querrela, con el fin de determinar si existe base para el juicio o, en su caso, si corresponde total o parcialmente desestimar la causa o sobreseer al imputado.” (Art. 319). Además, se analiza la aplicación de formas alternativas de dar fin al proceso; la necesidad de una tramitación compleja; la admisibilidad de la prueba; se resuelven excepciones; se ordenan anticipos de prueba; y se

puede dar el pronunciamiento sobre separación o acumulación de procesos. Por otra parte, se definen cuestiones relativas a las medidas cautelares y medidas de protección de víctimas o testigos. En este sentido, resulta interesante la reflexión sobre si el esquema legislativo permite que en esta fase se conozcan asuntos relacionados con los hechos que se tengan por probados o no. Es decir, que se pueda dar una efectiva afectación a la tramitación del procedimiento administrativo. Por esto debe reflexionarse si el momento más propicio para dictar la prejudicialidad corresponde más bien al comienzo de la etapa de juicio.

El segundo asunto señalado por el artículo citado también presente en la jurisprudencia estudiada corresponde al condicionamiento de los hechos demostrados o no en el proceso penal, con respecto a los que se investigan en el procedimiento administrativo.

Se recuerda que el objeto más importante del procedimiento administrativo consiste en la averiguación de la verdad real, tal como se expresa en el inciso 2 del artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública. También el Código Procesal Penal, en varios de sus artículos, hace referencia a una averiguación de la verdad que rige algunas de las actuaciones más importantes dentro de dicho proceso. En doctrina, se habla también de que el proceso Penal busca una “verdad real” o “material”, en contraposición a una “verdad formal” en otro tipo de sistemas.

Para el caso que nos ocupa, podría decirse que la verdad dilucidada en sede penal se impondría absolutamente sobre la administrativa. Es decir, la verdad se toma según las conclusiones a las que se llega en otra sede. Cabe preguntarse cuál puede ser la afectación de esto al fin máximo de la búsqueda de la verdad real en el procedimiento administrativo, pues aun cuando el penal se rige por principios de objetividad y verdad real y, en algunos casos cuenta con mayores medios de prueba, podría afectar la investigación que se lleva cabo en el procedimiento administrativo. A continuación, se presentan algunos ejemplos concretos donde puede darse la prejudicialidad en el ordenamiento estudiado.

Si se analiza el catálogo del artículo 38 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito y se compara con el apartado de delitos que

contiene la misma norma, pueden notarse algunos casos evidentes donde una conducta puede caer fácilmente en ambos tipos de responsabilidad, casi de manera automática.

Uno de los casos más evidentes consiste en el delito de falsedad en la declaración jurada, presente en el artículo 46 de la Ley, que necesariamente implica la comisión de la falta señalada en el inciso j) del numeral 38, en cuanto a la falta de veracidad, omisión o simulación de las mismas declaraciones. Otro ejemplo consiste en el delito de administración en provecho propio, contemplado en el artículo 47, sobre todo en cuanto a contrataciones administrativas que favorezcan a la persona que comete el hecho o a los familiares indicados en la norma, lo cual implica un incumplimiento al régimen de incompatibilidades, considerado una conducta generadora de responsabilidad por el inciso a) del citado artículo 38.

Situación similar se da con respecto al delito de apropiación de bienes obsequiados al Estado (artículo 54) que toma como base la regulación del artículo 20 de la misma ley, sobre donaciones y obsequios, artículo cuya infracción constituye por sí mismo la falta del inciso c) del numeral 38. Finalmente, se puede mencionar el delito de violación de la privacidad de la información de las declaraciones juradas (artículo 60), que concuerda con el inciso l) del artículo 38, que establece como conducta sancionable, la violación de la confidencialidad de la declaración jurada.

Los anteriores constituyen ejemplos, pero no son los únicos. Puede existir coincidencia entre los tipos penales de esta Ley y otras leyes del ordenamiento jurídico de Hacienda Pública. Asimismo, se debe tomar en cuenta que todos los delitos de este tipo tienen como bien jurídico el deber de probidad, cuya violación, se recordará, también es una condición para una sanción administrativa.

4. El principio non bis in idem y la sanción a personas jurídicas

Es común que este principio esté ligado sobre todo a la responsabilidad de los funcionarios públicos y la mayoría de investigaciones en materia sancionatoria suelen concentrarse en las personas físicas. Sin embargo, dentro del ordenamiento de la Hacienda Pública, existen normas de carácter

sancionatorio para personas jurídicas que permiten un análisis desde el *non bis in idem*. El caso más común estaría en la posibilidad de que unos mismos hechos generen responsabilidad penal para una persona física y administrativa que para una jurídica.

En el país no existe una regulación que permita las sanciones penales para estas personas, como sucede por ejemplo en España, pero si existiera, podría darse el caso inverso señalado al anteriormente, así como aquel donde la persona jurídica puede ser sujeto de doble responsabilidad en ambas vías. Por la realidad nacional, este último desarrollo será más de tipo académico, en el entendido de que nada obsta para que en un futuro se dé esta extensión de la imputabilidad penal en nuestra legislación.

Principalmente son dos las leyes que establecen en forma clara las sanciones administrativas para personas jurídicas: la LCCEIFP en su artículo 44 bis, denominado “Sanciones administrativas a personas jurídicas” y la Ley de Contratación Administrativa, en los artículos 99 y 100, que establece las sanciones a particulares en su condición de contratantes.

El artículo 44 bis citado, fue añadido al cuerpo original por el artículo 2 inciso b) de la Ley n° 8630 del 17 de enero del 2008. Este numeral establece responsabilidad a partir de dos supuestos:

1. Primero, que se esté ante uno de los casos previstos en los artículos 38 inciso m) y 55 (soborno internacional) de esta ley, así como en los artículos del 347 al 352 del Código Penal, que según la nueva numeración, se refieren a los delitos de cohecho en sus dos modalidades, corrupción agravada, aceptación y ofrecimiento de dádivas, corrupción de jueces y penalidad del corruptor.
2. Segundo, que quien se vea involucrado en la comisión de dichas infracciones sea “el director, administrador, gerente, apoderado o empleado de una persona jurídica, en relación con el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de esa persona jurídica”, según reza el mismo artículo. Las sanciones previstas en este caso son de tipo pecuniario, así como la posibilidad de establecer clausuras, suspensiones, cancelación de concesiones y retiro de beneficios fiscales o exenciones. Estas últimas podrán ser aplicadas cuando la institución pública tenga competencias regulatorias sobre la persona jurídica sancionada.

Como puede observarse, el esquema establecido hace necesaria la concurrencia de diversas infracciones para poder dar aplicación de estas sanciones. Por esto, las situaciones que podrían darse son variadas. En primer lugar, pueden presentarse problemas de tipo normativo, como los analizados en párrafos anteriores, que implican la remisión a los criterios propios de los concursos de normas. En segundo lugar, puede citarse la tramitación en más de una sede administrativa de los procedimientos necesarios para establecer dichas sanciones, lo cual sería resuelto con predominio del procedimiento que se tramite en la sede del órgano contralor, atendiendo lo argumentado en la sección correspondiente de este artículo.

En otro orden, es posible que el representante de la persona jurídica sea condenado penalmente. En este caso, y si se aplica lo ya estudiado, por tratarse de dos tipos de fundamento distinto y como particularidad, dos tipos de sujeto distinto (la persona física y la jurídica), podría darse una sanción en ambas vías. En el caso de que se contara con penalidad de la persona jurídica en el país, sería necesario valorar el tipo de sanción que se le estaría estableciendo, pues en ese caso podría haber un doble juzgamiento o una doble punición, esto si la pena establecida se da en los mismos términos que la administrativa. Igualmente debe aplicar la prejudicialidad y el condicionamiento de los hechos dilucidados en el juicio penal.

Al no tratarse de funcionarios públicos, no habría conflicto con las infracciones que la LCCEIFP estipula, pero sí podría ocurrir con las sanciones a particulares de la Ley de Contratación Administrativa. Tal es el caso de lo dispuesto en el artículo 100 de esta ley, que impone la sanción de inhabilitación para contratar con la administración, por un período de dos a diez años, según la comisión de diversas infracciones. Una de ellas, según el inciso m) de este numeral, corresponde a quien “Suministre, directamente o por intermedio de otra persona, dádivas a los funcionarios involucrados en un procedimiento de contratación administrativa. En este caso, la inhabilitación será por el máximo del período establecido.” Esta conducta se ve relacionada con lo que sanciona el artículo 44 bis de la Ley contra la Corrupción. Surge en este caso, un conflicto entre ambas normas de carácter administrativo.

IV. Conclusiones

El estudio de la responsabilidad administrativa dentro de lo que hemos denominado ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública, manifestado especialmente en la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República, es un tema que cada vez adquiere mayor complejidad e importancia en la práctica jurídica tanto nacional como internacionalmente y al que se ha dedicado poco estudio en el país.

Una de las formas de analizarlo es ubicándolo en lo que en doctrina se conoce como Derecho Administrativo Sancionador, como una rama de estudio que crece en su independencia y en sus problemas particulares. Uno de los problemas más interesantes y de valor fundamental para la actividad de sancionatoria del órgano contralor es la de la aplicación de los principios y garantías propias del Derecho Penal a los procedimientos administrativos de este tipo.

La garantía constitucional del non bis in idem, entendida en su sentido material como la imposibilidad de la múltiple sanción por los mismos hechos, como procesal, en cuanto a un doble juzgamiento o procesamiento, se constituye en un tema central dentro de la problemática apuntada.

Son diversas las situaciones que podrían considerarse límite, en las que surge un roce con el principio señalado. Algunas de ellas se relacionan con los hechos involucrados, como las infracciones continuadas, las necesarias para la comisión de otra infracción, así como las de carácter permanente. Otras se relacionan con el sujeto que participa, como en la reincidencia. También pueden darse conflictos con respecto a las normas aplicables a un caso determinado, lo que se resuelve normalmente por medio de los criterios de concurso de normas.

Mención aparte merece la situación en la que los mismos hechos generan procesos de tipo penal y administrativo, simultánea o sucesivamente. Aquí se destaca la figura de la prejudicialidad, regulada en forma especial dentro del Reglamento de la Potestad Sancionatoria del órgano contralor y lo que se ha denominado la superposición de la verdad obtenida en el proceso penal, sobre la de tipo administrativo.

Finalmente, debe considerarse también lo que sucede con las personas jurídicas, al existir sanciones administrativas para ellas, dentro de las normas estudiadas. Particularmente, el caso de que una de estas se aplique y que en vía penal se sancione a su representante o que exista un conflicto entre diversas normas aplicables. Una eventual adopción de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el ordenamiento costarricense podría dar lugar a otras situaciones de análisis.

Si bien en los párrafos precedentes se han ofrecido algunas situaciones comunes, dependerá del caso concreto la valoración de la aplicación de este principio en la práctica administrativa, o en la jurisdiccional si los asuntos se llegan a ventilar en esa vía.

Referencias

Caro, D. (2007). *El principio de non bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I.*

Góngora, G. (2008) *El reconocimiento del derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia constitucional mexicana, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, vol. XII. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.*

Gómez, C. (2012). "El Derecho Disciplinario como disciplina jurídica autónoma", *Revista de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Externado de Colombia, 33, (95), 51-68.*

Gómez, M. y Sanz, I. (2013). *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Navarra: Arazandi.*

Hutchinson, T. (2003). *Responsabilidad administrativa del funcionario público, en Responsabilidad de los funcionarios públicos. Buenos Aires: Hammurabi.*

Parejo, A. (2016), *Lecciones de Derecho Administrativo. Madrid.: Tiran lo Blanch.*

Quintero, G. (1991). *La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal, Revista de Administración Pública de España (126), 253-196.*

Ramírez, M. (2013). *El non bis in idem en el ámbito administrativo sancionador", Revista de Derecho, Universidad del Norte (40), 1-29.*

Romero, A. (2015). *La prejudicialidad en el proceso civil, Revista Chilena de Derecho, 42 (2), 453-482.*

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Tomo I. Madrid: Civitas.*

Es confiscatorio que los titulares de los fundos sigan construyendo aceras

Análisis Ley 9329

Sumario.

I. Introducción. II. Administración de la red vial cantonal a la luz de la ley 9329. III. Construcción y mantenimiento de aceras: obligación “propter rem”, pero con un componente confiscatorio. Conclusión

Por: Lic. Carlos A. Lanzas Quesada¹
Abogado Especialista en Derecho Municipal

¹ Licenciado en derecho, especialista en derecho notarial y registral, especialista en procedimiento contencioso administrativo y derecho regulatorio, egresado de la maestría en administración y derecho municipal de la Universidad de Costa Rica. Actualmente me desempeño como director jurídico de la Municipalidad de Mora, con más de 8 años de experiencia, igualmente soy mediador certificado por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflicto, y juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo. Formo parte de la comisión de derecho administrativo del Colegio de Abogados.

I. A modo de introducción

Es incuestionable que el tema concerniente al tratamiento y administración de la red vial en la coyuntura actual del desarrollo de los países –sin dejar de lado a Costa Rica- es de trascendental importancia desde todo punto de vista. Contar con una infraestructura mínima que respalde las necesidades de transporte y comunicación de las comunidades y ciudades en la época actual y consecuentemente a ello, la modernización y mantenimiento de esa infraestructura, su equipamiento y el brindar servicios públicos urbanos y rurales son actualmente uno de los indicadores de desarrollo que permiten valorar el estado físico de las ciudades, la calidad de vida de sus habitantes, así como la ejecución e inversión eficiente de los fondos públicos: una estructura vial de primer mundo es signo de que el Estado está sacando la faena, retornando en obras públicas de calidad el dinero con el cual sus habitantes pagan sus impuestos.

Una eficiente administración de la red vial para un país es similar a la que tiene las arterias y venas para con el cuerpo humano. Así como el sistema circulatorio sirve para transportar alimento a todas las partes del cuerpo, una robusta red vial, sirve como un medio para que las personas se trasladen de un punto a otro desarrollando las diferentes actividades que le dan sentido a sus vidas como lo es trabajar, comerciar, educarse, recrearse, hacer deporte, entre otras.

Es así como las veredas, los caminos, las calles, las carreteras y autopistas, junto con el resto de la infraestructura accesoria como los puentes, las redes de iluminación, rotulación, señalización, las aceras, los drenajes, las cunetas y contracunetas, se convierten en ese sistema circulatorio que permite enlazar los intereses de las comunidades permitiendo que las personas se trasladen de un lugar a otro de forma oportuna, eficiente y segura, con la presencia de un mínimo de requerimientos y si es posible -en el mejor de los escenarios- con una comodidad que merece el contribuyente, receptor del servicio público.

Y es que tratándose de utilidad e importancia, tanto para la red vial que comunica a una frontera con otra o aquella que comunica un puerto con otro, o bien las que comunican a las distintas casas dentro de una urbanización o un barrio e igualmente aquellas que comunican un conjunto de fincas agrícolas con un centro de provisión; justificamos que la función de la red vial se satisface tanto a nivel nacional como aquella porción que se sirve en lo local, estas últimas administradas por las Municipalidades.

La importancia de las redes de comunicación vial de un país está fuera de discusión: toda persona, sin excepción, se beneficia de una u otra forma de su existencia y muchos los usan de modo frecuente. Por eso, los caminos provocan un interés generalizado en todos los distintos sectores sociales.

Los caminos prestan servicios a los usuarios directos que circulan a través de los medios de transporte trasladando bienes o personas de un sector a otro. Así pues, la red vial es útil al niño que va a la escuela en autobús, al obrero que viaja a la fábrica en bicicleta, la persona que va al mercado a hacer sus compras caminando, al empresario que traslada sus productos al puerto o que retira sus materias primas del aeropuerto, al anciano que visita los lugares de recreación o al joven que las usa para hacer deporte. No hay duda también de que hay sectores como los transportistas, entre los que figuran los dueños y operadores de camiones, de buses, de taxis, el porteo de personas, así como aquellos operadores informales como los “piratas” y los “Uber”, que a veces se consideran a sí mismos como los principales beneficiarios del sistema vial, puesto que sus actividades se desarrollan propiamente en los caminos y por ello sienten cercanía de su realidad y del estado en que las mismas se encuentran.

II. Administración de la red vial cantonal a la luz de la Ley 9329

La red vial de nuestro país soporta una enorme clasificación que la ha dividido en términos de su administración en una porción local o municipal y otra de carácter nacional, como anteriormente adelantamos. Nos detendremos para efectos de este artículo de investigación en la porción administrada por los gobiernos locales, la cantonal. Los municipios desde los años 70's con la Ley General de Caminos Públicos (Ley N°5060 art. 1), tienen la competencia definida de administrar la red vial cantonal, la cual está compuesta por caminos vecinales, calles locales, y caminos no clasificados; sin embargo, como la relación de un hijo menor y un padre, esa administración dependía en la mayoría de las ocasiones de la coordinación de recursos con el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), quienes eran los que contaban con un presupuesto lo suficientemente robusto para la atención de la red vial nacional en general. Recordemos que las Municipalidades hasta ese momento no recibían ningún porcentaje del presupuesto ordinario de la República a pesar de existir un mandato constitucional ordenado desde el 2001 por el constituyente derivado (ver artículo 170 Constitucional, así como la Ley general de transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades, N° 8801 del 28 de abril de 2010), por lo que lo poco que podía hacerse dependía de recursos libres, principalmente los provenientes de la administración y recaudación del impuesto de bienes inmuebles, partidas específicas de ayuda comunal de la Dirección Nacional de Ayuda a la Comunidad (DINADECO), o bien aquellos proyectos que se desarrollaban en conjunto con el MOPT.

Con la entrada en vigencia de la Ley de Simplificación Tributaria, mejor conocida en el ámbito municipal por su número de emisión que es el 8114, que entró –dicho sea de paso- al escenario normativo costarricense en un momento histórico en el que la infraestructura vial de este país estaba soportando una de sus peores crisis. Calles llenas de huecos, puentes en estado deplorables, sistemas de alcantarillados pluviales y sanitarios colapsados en la gran mayoría de los cantones y, en fin, un caos de alta raigambre que causó que los costarricenses pensarán en una nueva estrategia

de financiamiento para esta infraestructura a través de la creación de un nuevo tributo que se empezó a denominar “impuesto a la gasolina”, el cual en su artículo quinto regulaba antes de su reforma con la ley 9329 -la cual nos detendremos más adelante a analizar- en lo conducente lo siguiente;

“Artículo 5° –Destino de los recursos.

Del producto anual de los ingresos provenientes de la recaudación del impuesto único sobre los combustibles, se destinará un treinta por ciento (30%) a favor del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y un tres coma cinco por ciento (3,5%), exclusivamente para el pago de servicios ambientales, a favor del Fondo Nacional de Financiamiento Forestal (FONAFIFO). El destino de este treinta y tres coma cinco por ciento (33,5%) tiene carácter específico y su giro es de carácter obligatorio para el Ministerio de Hacienda.

Del treinta por ciento (30%) destinado al Consejo Nacional de Vialidad, se asignará hasta el tres por ciento (3%) para garantizar la máxima eficiencia de la inversión pública de reconstrucción y conservación óptima de la red vial costarricense. Este treinta por ciento (30%) se distribuirá de la siguiente manera:

a. *El setenta y cinco por ciento (75%) se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se emplearán para construir obras viales nuevas de la red vial nacional.*

La suma correspondiente al tres por ciento (3%) será girada por la Tesorería Nacional al CONAVI para que la entregue a la Universidad de Costa Rica, que la administrará bajo la modalidad presupuestaria de fondos restringidos vigente en esa entidad universitaria, mediante su Laboratorio Nacional de Materiales y Modelos Estructurales, el cual velará por que estos recursos se apliquen para garantizar la calidad de la red vial nacional, de conformidad con el artículo 6 de la presente Ley. En virtud del destino específico que obligatoriamente se establece en esta Ley para los recursos destinados al Laboratorio Nacional de Materiales y Modelos Estructurales, se establece que tales fondos de ninguna manera afectarán a la Universidad de Costa Rica en lo que concierne a la distribución de las rentas que integran el Fondo Especial para el Financiamiento de la Educación Superior, según las normas consagradas en el artículo 85 de la Constitución Política.

b. *El veinticinco por ciento (25%) restante se destinará exclusivamente a conservación, mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, mejoramiento y rehabilitación; una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se usarán para construir obras viales nuevas de la red vial cantonal, que se entenderá como los caminos vecinales, los no clasificados y las*

calles urbanas, según las bases de datos de la Dirección de Planificación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT).

La suma correspondiente será girada a las municipalidades por la Tesorería Nacional, de acuerdo con los siguientes parámetros: el sesenta por ciento (60%) según la extensión de la red vial de cada cantón y un cuarenta por ciento (40%), según el Índice de Desarrollo Social Cantonal (IDS) elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN); los cantones con menor IDS recibirán proporcionalmente mayores recursos.

La ejecución de estos recursos se realizará de preferencia bajo la modalidad participativa de ejecución de obras. Conforme lo establece el Reglamento de esta Ley, el destino de los recursos lo propondrá, a cada Concejo Municipal, una junta vial cantonal nombrada por el mismo Concejo, la cual estará integrada por representantes del gobierno local, del MOPT y de la comunidad, por medio de convocatoria pública y abierta.

(...)”

Llegada la emancipación con la primera ley de transferencia de competencias, Ley N° 9329; Ley especial para la transferencia de competencias: Atención plena y exclusiva de la red vial cantonal, que nace en obediencia a lo ordenado por el Constituyente derivado del 2001, acreditando la prerrogativa que tienen las municipalidades desde 1970 en la atención plena y total de la red vial que administran, la cual va ir aparejada a una primera transferencia de recursos del gobierno central a los gobiernos locales, producto de los ingresos ordinarios de los primeros, (la primera transferencia que representa 1,5% del 10% del presupuesto nacional ordenado en el 2001 para las municipalidades) dividido entre los 82 cantones del país a partir de la codificación de calles y caminos cantonales por los que está compuesto el cantón respectivo el índice de desarrollo social cantonal (IDS), reformando el artículo quinto de la ley 8114 antes analizado, regulando actualmente en lo que interesa al tema lo siguiente;

”Artículo 5° - Destino de los recursos

Del producto anual de los ingresos provenientes de la recaudación del impuesto único sobre los combustibles, se destinará un cuarenta y ocho coma sesenta por ciento (48,60%) con carácter específico y obligatorio para el Ministerio de Hacienda, el cual, por intermedio de la Tesorería Nacional, se lo girará directamente a cada una de las siguientes instituciones:

a. Un veintiuno coma setenta y cinco por ciento (21,75%) a favor del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) para la atención de la red vial nacional, los cuales se destinarán

exclusivamente a la conservación, el mantenimiento rutinario, el mantenimiento periódico, el mejoramiento, la rehabilitación y la construcción de obras viales nuevas de la red vial nacional.

b. Un veintidós coma veinticinco por ciento (22,25%) a favor de las municipalidades para la atención de la red vial cantonal, monto que se destinará exclusivamente a la conservación, el mantenimiento rutinario, el mantenimiento periódico, el mejoramiento y la rehabilitación. Una vez cumplidos estos objetivos, los sobrantes se utilizarán para construir obras viales nuevas de la red vial cantonal.

Dicha red vial está compuesta por todos los caminos y calles bajo administración de los gobiernos locales, inventariados y georeferenciados como rutas cantonales por estas, y que constan en los registros oficiales del Ministerio Obras Públicas y Transportes (MOPT), así como por toda la infraestructura complementaria, siempre que se encuentre en terrenos de dominio público y cumpla los requisitos de ley.

Asimismo, se considerarán como parte de la red vial cantonal **las aceras**, ciclovías, pasos, rutas peatonales, áreas verdes y de ornato, que se encuentran dentro del derecho de vía y demás elementos de infraestructura de seguridad vial entrelazadas a las calles locales y caminos cantonales, el señalamiento vertical y horizontal, los puentes y demás estructuras de drenaje y retención y las obras geotécnicas o de otra naturaleza asociadas con los caminos.

La totalidad de la suma correspondiente a este veintidós coma veinticinco por ciento (22,25%) será girada directamente a las municipalidades por la Tesorería Nacional, de acuerdo con los siguientes parámetros:

i. El cincuenta por ciento (50%), según la extensión de la red vial de cada cantón inventariada por los gobiernos locales y debidamente registrada en el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

ii. El treinta y cinco por ciento (35%), según el Índice de Desarrollo Social Cantonal (IDS) elaborado por el Ministerio de Planificación y Política Económica (Mideplán). Los cantones con menor IDS recibirán proporcionalmente mayores recursos.

iii. El quince por ciento (15%) restante será distribuido en partes iguales a cada una de las municipalidades.

La ejecución de estos recursos se realizará bajo la modalidad participativa de ejecución de obras. El destino de los recursos lo propondrá, a cada concejo municipal, una junta vial cantonal o distrital, en su caso, nombrada por el mismo concejo, la cual estará integrada por representantes del gobierno local y de la comunidad, por medio de convocatoria pública y abierta, de conformidad con lo que determine el reglamento de la presente ley.

(...)” (El resaltado no corresponde al original).

Partimos que, con esta transferencia de competencia con recursos para su atención, las Municipalidades podrán encargarse de manera decorosa de la administración total, plena y exclusiva de su red vial cantonal; y de todos los componentes que conforman el derecho de vía, entre ellos la construcción y el mantenimiento de aceras, no obstante; ¿porque sigue el usuario teniendo la responsabilidad legal de encargarse de su construcción y mantenimiento?

III. Construcción y mantenimiento de aceras: obligación “Propter Rem”, pero con un componente confiscatorio.

Debemos recordar que la acera peatonal es parte del derecho de vía por donde se sirven a transitar los peatones de manera exclusiva y donde se ubican los mobiliarios urbanos y las zonas verdes. Conformadas fundamentalmente por cuatro componentes: una franja de circulación que es el espacio destinado a la circulación peatonal y de personas con capacidades disminuidas. Una franja táctil, que es el espacio destinado a la colocación de elementos táctiles como guía y prevención para personas con capacidades disminuidas, una franja de amoblamiento, que es el espacio en el cual se localiza la vegetación y el mobiliario urbano. Esta franja se ubica entre la franja de circulación y la calzada, y finalmente si dicho tramo consta dentro del plan vial cantonal como zona de paso bicicletas; una franja de ciclo ruta: espacio destinado a la circulación de bicicletas, que se ubica entre la franja de circulación y la de amoblamiento, o adosada a la acera, por fuera del amoblamiento, entre éste y la calzada (MOPT-GTZ., 1998) Así pues, cómodamente podemos afirmar que no es para nada sencillo la construcción de una acera, y menos si lo pensamos desde la óptica del usuario: titular o poseedor (persona física o jurídica) de una finca.

Sin embargo parece que fue el propio legislador en la redacción de la Ley 9329, cuya voluntad fue la de mantener esa obligación “propter rem” o ambulatoria con respecto a los dueños y poseedores de fincas al no derogar los artículos 75 inciso d) del Código Municipal, que es la norma que obliga a los mismos a construir y dar mantenimiento a sus aceras, y el 76 inciso d) del mismo cuerpo normativo, que es el que impone una multa

ante dicha omisión; al establecer que el ornato, el buen orden y tránsito peatonal del vecindario, así como la planificación urbana, no es un asunto solamente de resorte institucional, sino participativo, donde los munícipes son actores protagónicos en el embellecimiento y cuidado de sus ciudades (para profundizar más puede hacerse lectura de los recientes dictámenes de la Procuraduría General de la República, referente a este tema: C-188-2016 del 08 de setiembre del 2016 y C-13-2017, del 24 de enero del 2017, así como del voto de Sala Constitucional N° 2359-2002 de las 8:47 horas del 8 de marzo de 2002)

No obstante, nadie se ha pronunciado respecto a un detalle esencial, el tributario. Y es que sin dejar de lado que la voluntad del legislador ha sido y es mantener esa responsabilidad accesoria de los titulares de los fundos en construir y mantener las aceras que colindan con sus propiedades. Es verdad también que la ley 9329 en su artículo segundo, estableció una competencia amplia, total y plena sobre la red vial cantonal que administra y mantiene, y en ella no podemos dejar de lado a las aceras, veamos;

“ARTÍCULO 2.- Delimitación de la competencia

La atención de la red vial cantonal, de forma plena y exclusiva, será competencia de los gobiernos locales, a quienes les corresponderá planear, programar, diseñar, administrar, financiar, ejecutar y controlar su construcción, conservación, señalamiento, demarcación, rehabilitación, reforzamiento, reconstrucción, concesión y operación, de conformidad con el plan vial de conservación y desarrollo (quinquenal) de cada municipio.

La red vial cantonal está compuesta por todos los caminos y calles bajo administración de los gobiernos locales, inventariados y georreferenciados como rutas cantonales por estas, y que constan en los registros oficiales del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), así como por toda la infraestructura complementaria, siempre que se encuentre en terrenos de dominio público y cumpla los requisitos de ley.

Asimismo, se considerarán como parte de la red vial cantonal, las aceras, ciclovías, pasos, rutas peatonales, áreas verdes y de ornato, que se encuentran dentro del derecho de vía y demás elementos de infraestructura de seguridad vial entrelazadas a las calles locales y caminos cantonales, el señalamiento vertical y horizontal, los puentes y demás estructuras de drenaje y retención y las obras geotécnicas o de otra naturaleza asociadas con los caminos.

La conservación y el mejoramiento de las rutas cantonales queda limitada a las vías que cumplan estrictamente con los requisitos para las rutas cantonales establecidos en la reglamentación de la presente ley.

Las actividades indicadas en el párrafo primero de este artículo, salvo la inversión en conservación y mejoramiento en rutas cantonales, que no cumplan con el ancho mínimo del derecho de vía establecido en el artículo 4 de la Ley N.° 5060, Ley General de Caminos Públicos, de 22 de agosto de 1972, podrán ejecutarse tanto con recursos de la Ley N.° 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias, de 4 de julio de 2001, y sus reformas, como de la presente ley y demás normativa conexas.

La titularidad y las potestades concernientes a la administración de los caminos vecinales, las calles locales y los caminos no clasificados, corresponderá a los gobiernos locales territorialmente competentes en la zona geográfica donde se encuentren ubicadas cada una de esas vías públicas, siempre bajo los lineamientos técnicos generales que promulgue el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) como ente rector y fiscalizador en la materia. (El resaltado es nuestro)

En la misma línea de pensamiento, la ley 8114, reformada por la ley en comentario, es clara en establecer también que la inversión del “impuesto de la gasolina” dirigido a la administración y mantenimiento de la red vía cantonal, comprende igualmente el componente de aceras como parte de ese derecho de vía local; volvamos a repasar en lo que interesa el artículo quinto de la ley 8114.

“Artículo 5° - Destino de los recursos

*(...) Asimismo, se considerarán como parte de la red vial cantonal **las aceras** (...)*

Así las cosas, si ya todos pagamos el “impuesto a la gasolina”, siendo que el valor de este afecta de forma directa el precio de los bienes y servicios que adquirimos para satisfacer nuestras diferentes necesidades (transporte, alimento, vestido, comercio y ocio), y del total recaudado de dicho impuesto por año, un veintidós coma veinticinco por ciento (22,25%) se destina favor de las municipalidades para la atención de la red vial cantonal, entre ella comprendida la porción correspondiente a aceras como lo analizamos párrafos atrás, no es totalmente potable la tesis de que sea una responsabilidad del usuario la construcción y el mantenimiento de las aceras, siendo que ya este paga todos los días con sus impuestos, para que dicho servicio público sea prestado directamente por los gobiernos locales.

IV. Conclusión

La Ley N° 9329 les otorga una competencia plena y exclusiva a los municipios en administrar la red vial cantonal de su jurisdicción, competencia que tenían desde los años 70's, con la Ley N°5060, pero que ahora podrán materializarla con la transferencia también de recursos para su atención eficiente. El tema concerniente a las aceras no está aún del todo zanjado, aunque el legislador apuesta por un munícipe protagónico en el desarrollo urbano de sus ciudades, razón por la cual este mantiene la obligación de construirlas, cuidarlas y mantenerlas (art. 75 y 76 del Código Municipal); la acera peatonal actual contiene mucho componente de orden técnico que complica su ejecución por parte del usuario, dando como resultado una evidente omisión en la construcción de las mismas o bien una ausencia de uniformidad cada vez que las caminamos. No es nuestro fin que el usuario desatienda una obligación que está dada por ley. Sin embargo, si es necesario hacer un llamado al legislador y a los gobiernos locales a que construyan una solución ante esta antinomia jurídica que se expuso a lo largo de este artículo, donde de forma evidente nos preguntamos, si se paga todos los días la construcción y el mantenimiento de todo el derecho de vía que comprende la red vial local con el pago al "impuesto de la gasolina" ¿Por qué es obligación aún del usuario construir las aceras y mantenerlas en un estado al menos respetable?

Referencias

MOPT-GTZ., C. C. (1998). Conservación de Caminos: Un modelo Participativo. San José.

Constitución Política de Costa Rica, 1949

Ley General de Caminos Públicos, Ley N°5060, del 22 de agosto de 1972.

Código Municipal, Ley N° 7794, del 30 de abril de 1998.

Ley general de transferencia de competencias del Poder Ejecutivo a las Municipalidades, Ley N° 8801, del 28 de abril de 2010.

Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias, Ley N.° 8114, de 4 de julio de 2001.

Ley especial para la transferencia de competencias: Atención plena y exclusiva de la red vial cantonal, Ley N° 9329, del 15 octubre del 2015.

El fideicomiso de obra pública en Costa Rica y su sistema de control

Sumario:

I. Antecedentes relevantes. II. La fiscalización de fideicomisos de desarrollo de obra pública en el ámbito costarricense. III. Análisis de Ley n.º 9422 “Autorización para el desarrollo de infraestructura de transporte mediante fideicomiso”. III. Conclusiones. Referencias.

Valeria Corrales Rojas¹
Silvia Jiménez Agüero²

1 Licenciada en Derecho con mención en Derecho de Bolsa, estudiante de la maestría de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, Abogada de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República.

2 Licenciada en Derecho, estudiante de la maestría de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, Abogada de la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense de Seguro Social.

I. Antecedentes relevantes

Con la intención de integrar el tema de la investigación con los estudios y antecedentes necesarios, se realiza un breve recuento de los principales conceptos abordados en el artículo.

Inicialmente, se debe señalar que el fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se transfiere uno o más bienes a una persona, con el encargo de administrarlos o enajenarlos y con el fin de que su actividad cumpla con lo establecido por el constituyente en su favor o en beneficio de un tercero. (Rodríguez, 2002 p. 830)

El fideicomiso ha sido definido también, como sigue:

Relación jurídica que se configura cuando una persona, el fiduciante, transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, el fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato o acto que da origen al fideicomiso –el beneficiario-, y a transmitirla al cumplimiento del plazo o condición aplicable al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario. (Cabanellas de Torres, 2006 p. 164)

Este contrato se puede definir entonces como aquel donde una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado, cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que se destine según lo convenido, al cumplir un plazo o condición determinada (Carregal, 1982 p.47).

En Costa Rica, esta figura está regulada en el Código de Comercio, en el Capítulo XII. Específicamente del artículo 633³ con facilidad se infiere las partes esenciales que participan en este contrato: fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, así como, la naturaleza de su funcionamiento, en el cual el fiduciario recibe la propiedad fideicometida para utilizarla, según lo estipulado en el acto constitutivo y el tipo de fideicomiso.

³ Asamblea Legislativa. Ley n.º 3284 Código de Comercio del 30 de abril de 1964. "ARTÍCULO 633.- Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo."

Ahora bien, este contrato cada vez es más utilizado por las instituciones públicas, como instrumento para coadyuvar en la consecución de los fines que la sociedad le ha encomendado. Sin embargo, a diferencia de los sujetos privados, las instituciones públicas se encuentran sujetas al principio de legalidad, según el cual solo pueden realizar aquellos actos que autorice expresamente el ordenamiento; es decir, solo pueden actuar de conformidad con las competencias legalmente otorgadas (Ortiz, 1988, p. 41).

La única norma de orden general relacionada con los contratos de fideicomiso constituidos con fondos públicos es el artículo 14 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFRPP) y Presupuestos Públicos⁴; no obstante, previo a su promulgación, la Contraloría General de la República (CGR) precisó que los fondos públicos fideicometidos conservan su naturaleza pública y ha reconocido su competencia para fiscalizarlos.⁵

La posibilidad de realizar este tipo de contratos en la Administración Pública es potencial, en tanto debe ser desarrollada por el instrumento adecuado, en este caso concreto, por una ley en sentido formal. Los entes sujetos a la LAFRPP poseen una facultad de contratar vía fideicomiso una vez que cuenten con ley específica que regule la figura en su caso particular.

Entre los potenciales usuarios de ese contrato se encuentran, los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos, como la Administración Central, constituida por el Poder Ejecutivo y sus dependencias, los poderes Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, sus dependencias y órganos auxiliares, la Administración Descentralizada y las empresas públicas del Estado, las universidades estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, así como los entes públicos no

⁴ Asamblea Legislativa. Ley n.º. 8131 Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos del 18 de setiembre del 2001. "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. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, 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."

⁵ Contraloría General de la República, Dirección General de Contratación Administrativa. Resolución n.º 264-98 de las 15 horas del 8 de setiembre de 1998, p. 19.

estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en relación con los recursos de la Hacienda Pública que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria o por los presupuestos institucionales de los bancos del Estado. (Vargas, 2014, p. 29)

Asimismo, el fideicomiso contratado por la Administración Pública, por el principio constitucional de responsabilidad, se encuentra sujeto a controles externos, en el entendido, que la fiscalización se entiende como la vigilancia de una actuación con la finalidad de verificar si responde a aquello que se espera de ella a priori, comparándola con una norma o directriz extra-normativa, a la que se debiera ajustar (Carretero, 1990 p.778).

La competencia de la CGR en la fiscalización de los fideicomisos públicos se sustenta en el criterio orgánico contenido en el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General⁶ (LOCGR), que define como fondos públicos todos los recursos que llegaren a pertenecer a un ente u órgano público. Sobre este tema, la Procuraduría General de la República (PGR) se ha manifestado reiteradamente sobre la prevalencia del criterio orgánico en la definición del concepto de fondos públicos.⁷

De esta forma, aun cuando los fondos públicos son transferidos de un fideicomiso a un fiduciario, no pierden su naturaleza pública, toda vez que el origen y destino de esos bienes mantienen un carácter público (Johanning, 2003 p. 20), así se ha pronunciado la CGR en la resolución n.º 264-98, del ocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho, al reconocer su competencia para fiscalizarlos⁸.

6 Asamblea Legislativa. Ley n.º 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General del 4 de noviembre de 1994. "ARTÍCULO 9.- FONDOS PÚBLICOS Fondos públicos son los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos."

7 Procuraduría General de la República. Opiniones Jurídicas n.º OJ-107-98 del 17 de diciembre de 1998, OJ-072-1999 de 14 de junio de 1999, OJ-052-2001 del 8 de mayo del 2001.

8 Contraloría General de la República. Dirección General de Contratación Administrativa. Resolución n.º 264-98 del ocho de setiembre de mil novecientos noventa y ocho. "Así las cosas, el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece el ámbito de aplicación de su competencia, señalando que este Órgano Contralor ejercerá sus atribuciones sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública, la cual a tenor de lo dispuesto en el artículo 8 de la misma ley, es la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público. Este mismo artículo, en su párrafo tercero, define el patrimonio público como la universalidad constituida por los fondos

En nuestro país, existen normas habilitantes generales y específicas para proyectos concretos mediante el uso de fideicomisos, como la Ley n.º 7798, Ley de Creación del Consejo Nacional de Vialidad⁹ que directamente autoriza al Consejo Nacional de Viabilidad, para depositar dineros que le ingresen, en fideicomisos creados con esta finalidad y la Ley General Telecomunicaciones¹⁰ que autoriza a la Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL) para que administre los recursos financieros mediante la constitución de los fideicomisos necesarios, para el cumplimiento de los fines de dicho marco normativo y del sector de telecomunicaciones y electricidad.

públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública (...). Así las cosas, es claro que esta Contraloría General, como Órgano Superior de Fiscalización, cuenta con la competencia para vigilar la correcta utilización de los fondos públicos, sin que pueda pensarse que por el hecho de que esos fondos se convierten en bienes fideicometidos, esa competencia se pierda. En este punto, adquiere especial importancia la naturaleza de los bienes fideicometidos, por lo que procederemos a hacer un análisis del tema. Como tesis de principio, debemos manifestar que no cabe ninguna duda que los fondos que maneja la Administración fideicomitente son de naturaleza pública, ya que inicialmente fue aprobado en esta Contraloría General, mediante oficio n.º 273, del 6 de enero de 1993, de la Dirección General de Presupuestos Públicos, un presupuesto para el ejercicio económico de 1993, fondos que luego se convirtieron en bienes fideicometidos. Asimismo, se debe acotar que el destino de esos fondos (bienes fideicometidos, que se ejecutan a través del fideicomiso) se orienta al cumplimiento de los fines que tiene asignados la Dirección de Protección Fitosanitaria. De ello se concluye, que tanto el origen como el destino de los bienes fideicometidos tienen una naturaleza pública. Ahora bien, señala el Código de Comercio, artículo 633, que por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de los bienes o derechos, el cual queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo. Esta disposición es clara en cuanto al traslado de la propiedad, pero en criterio de este Despacho, no se trata de una propiedad absoluta sino, por el contrario, muy limitada, porque se circunscribe a lo que las partes acuerden al celebrar el contrato, de manera que la transmisión de la propiedad de los bienes fideicometidos, le confiere al fiduciario la facultad de realizar sobre esos bienes, solo aquello que las partes han convenido y así consta en el acto constitutivo. No podría pensarse que la propiedad es transmitida de modo absoluto, tal y como la entiende nuestro Código Civil en su artículo 264, porque en definitiva el fiduciario será, siempre, solo un administrador de esos bienes, que los dirigirá de acuerdo con el convenio y no a su entera voluntad (como lo puede hacer quien tiene el dominio pleno sobre algo). De esta manera, aunque los bienes pasen a ser propiedad del banco fideicomitente, en calidad de bienes fideicometidos, en criterio de este Despacho, dichos bienes fideicometidos guardan su naturaleza de fondos públicos, lo que le otorga la competencia de fiscalización a esta Contraloría General."

9 "ARTÍCULO 21.- El Consejo Nacional de Vialidad queda facultado para depositar la totalidad de los montos que le ingresen, en fideicomisos que se establecerán en bancos comerciales del Estado. Asimismo, podrá suscribir contratos o convenios con estas entidades, el Banco Central de Costa Rica o el Instituto Nacional de Seguros, para facilitar el cumplimiento de sus facultades tributarias."

10 Asamblea Legislativa. Ley n.º 8642 Ley General de Telecomunicaciones del 4 de junio del 2008. El artículo 35 dispone: "...Corresponde a la Sutel la administración de los recursos de Fonatel. Dicha administración deberá hacerse de conformidad con esta Ley, el Plan nacional de desarrollo de las telecomunicaciones y los reglamentos que al efecto se dicten. Se autoriza a la Sutel para que administre los recursos financieros del Fondo, mediante la constitución de los fideicomisos que le sean necesarios para el cumplimiento de sus fines..."

Por su parte, el Instituto Costarricense de Electricidad materializó importantes obras de infraestructura para la generación eléctrica con el fideicomiso; entre los proyectos donde ha utilizado esta figura, se encuentran las plantas hidroeléctricas de Peñas Blancas, Cariblanco, Toro III, Reventazón, así como, la planta térmica de Garabito.

Luego de analizados los conceptos esenciales del artículo, se analiza el fideicomiso de obra pública, sus mecanismos de fiscalización externa, así como el análisis de una ley en concreto que pretende solucionar la temática de los fideicomisos en el sector público.

II. La fiscalización de fideicomisos de desarrollo de obra pública en el ámbito costarricense

El uso del fideicomiso por parte de la Administración Pública se encuentra autorizado por los artículos 2 y 3 de la LCA, en concordancia con el numeral 14 de la LAFRPP. No obstante, el sistema de control de esta figura se sustenta preponderantemente en una integración de normas y principios de Derecho Público, tradicionalmente dispuestos para los procedimientos de contratación administrativa.

A causa de la conceptualización y origen que tiene el fideicomiso en el derecho privado, se concibe como un instrumento al servicio de la Administración Pública que por estas razones, implica una disminución de las reglas de la contratación administrativa, al estar sometido solamente a los principios orientadores de la actividad contractual pública.

Desde esta perspectiva, al analizar las características propuestas por Hernández (2007, p. 96), se considera que el fideicomiso es un ejemplo del fenómeno de la despublificación, por cuanto se trata del sometimiento de contrataciones, reguladas típicamente por el ordenamiento jurídico público, hacia un régimen normativo privado, con el objetivo primordial

de ubicarse en un esquema más flexible y ágil de actuación, aunado a su evidente crecimiento, tanto en obra pública como en otras finalidades de interés general¹¹.

Con este enfoque, se examina el proceso de fiscalización y los sujetos de control que intervienen en el fideicomiso de obra pública, con el fin de establecer si existe un grado de efectividad suficiente para que su funcionamiento sea transparente y eficaz.

1. Los fideicomisos y su relación con la obra pública

En términos generales, el fideicomiso ha sido considerado por varios expertos, entre ellos, Salas (2013, p. 14), Rojas (2013, p. 16) y Jiménez (2013, p. 21), como un mecanismo sencillo y eficiente para la construcción de obra pública, ya que permite mayor soltura de los procesos de contratación y construcción y constituye una respuesta a limitaciones propias de la tramitología, la complejidad del entorno normativo e incluso dificultades financieras (como el costo que se origina por el transcurso del tiempo entre la planificación y la posibilidad de presupuestar que tienen las dependencias públicas), entre otras.

Al respecto, Rojas (2013, pp. 17) explica que en Costa Rica el fideicomiso se ha ejecutado en proyectos de obra pública mediante la captación de recursos, a través del mercado de valores o con mecanismos mixtos, como el crédito bancario y la colocación privada de valores. El autor afirma que en la práctica ha predominado la intervención de un banco público (Banco de Costa Rica y Banco Nacional), lo cual, a su criterio, resulta más transparente, conveniente y práctico, porque permite ampararse al artículo 2 de la LCA, ya que "...sus controles y en la ejecución de negocios proyectos políticas están orientadas a la salvaguarda de bienes e intereses públicos...".

Salas (2013, p. 15) señala que en la fase de aplicación actual del fideicomiso de desarrollo de obra pública (tercera fase), las instituciones públicas pueden acudir a cualquier medio de financiamiento lícito para construir obras y una vez construidas, el fideicomiso puede realizar una titularización para la venta y posteriormente alquilar el bien, pero expresa que aún hay mucho por regular.

¹¹ Al respecto, Montiel (2015 p. 54) indica que para el 2013 la Contraloría General de la República había aprobado 23 fideicomisos.

De acuerdo con las posiciones señaladas, se evidencia que la utilización del fideicomiso para el desarrollo de obra pública en el ámbito costarricense ha adquirido interés por parte de la Administración Pública, al considerarlo como una alternativa frente a los esquemas tradicionales, para solventar las necesidades de infraestructura, también, hacen notar el incipiente tratamiento normativo que se le ha dado.

2. El fideicomiso de obra pública y su sistema de control

A partir de la dualidad entre el Derecho Público y el Derecho Privado manifiesta en la regulación del fideicomiso para el desarrollo de obra pública, se considera válido revisar los controles que sujeta la definición de los proyectos de este tipo de obra, su ejecución y resultados.

En primer lugar, es claro que las potestades de la Contraloría General de la República (CGR) en materia de fiscalización de la Hacienda Pública abarcan a todos los entes y órganos que la integran, así como el manejo de los fondos públicos (artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 12 de la LOCGR¹²), de manera que el legislador autorizó el control y regulación de lo concerniente a los fideicomisos ejecutados por la Administración Pública. A continuación se detallan los mecanismos previos y posteriores de ese control:

¹² Los artículos señalados, en lo de interés, disponen: "Artículo 4.- *Ámbito de su Competencia.* La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. [...]" "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 12.- *Órgano rector del Ordenamiento.* La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta Ley. 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. La Contraloría General de la República dictará, también, las instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización. La Contraloría General de la República tendrá, también, la facultad de determinar entre los entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuales se realizará esta y el conjunto razonable de medios técnicos, humanos y materiales que deberán emplear."

1. Aprobación o improbación de presupuestos de fideicomisos (control previo)

En lo atinente, la aprobación presupuestaria relacionada con los fideicomisos se operativiza mediante las Directrices generales para la presentación de los documentos presupuestarios de los fideicomisos cuyos presupuestos deben ser aprobados por la Contraloría General de la República, n°. D-3-2002-CO-DFOE (Directrices Generales).

La CGR estableció que los fideicomisos constituidos con fondos provenientes de los entes y órganos públicos, de entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público y las entidades privadas, en cuanto a recursos transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria de estas entidades, se encuentran obligados a la aprobación presupuestaria y a formular un plan de trabajo donde se expresen los resultados previstos de la gestión del fideicomiso.

2. Refrendo

Por otro lado, como mecanismo de control del Órgano Contralor, el refrendo constituye un acto de aprobación que consiste en verificar que el clausulado del contrato se ajusta sustancialmente al ordenamiento jurídico y a las reglas del procedimiento. Además, se considera como un requisito de eficacia; en el caso del fideicomiso también aplica, en cuanto se encuentra inmerso en esa relación entre lo público y lo privado, al existir fondos públicos de por medio de acuerdo con Montiel (2015, pp.54)

Lo anterior se complementa con el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, cuyo artículo 3 establece el refrendo de los contratos que constituyan fideicomisos.

3. Emisión de disposiciones, instrucciones y órdenes de acatamiento obligatorio, informes, recomendaciones, prevenciones, control de ingresos y sanciones por desobediencia (control posterior).

Según lo estipulado en la LOCGR, existen por lo menos dos formas en las que los sujetos privados pueden participar en la utilización de fondos de naturaleza pública. A cada una corresponde un ámbito de control y fiscalización distinto.

El artículo 4 de la LOCGR, que define el ámbito de competencia de la CGR, en su inciso b, regula a los sujetos privados que sean custodios o administradores, por cualquier título, de fondos o actividades públicas. Estos se entienden como los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del Estado, de órganos, de empresas o de entes públicos (art. 8 LOCGR).

Ahora, el otro supuesto que maneja la Ley Orgánica del Órgano Contralor, es relevante en aquellos casos en los que a un privado se le otorgue un beneficio patrimonial, gratuito o sin contraprestación, según se detalla en su artículo 5, caso que no se aplica en el caso en análisis.

Además, el artículo 4 de la Ley General de Control Interno detalla que los sujetos de derecho privado, que sean custodios o administradores de fondos públicos deben aplicar en su gestión los principios y las normas técnicas de control interno que para tal efecto emita esta Contraloría General.

Al respecto, la CGR ha determinado¹³ lo siguiente:

... en la interpretación expuesta por este órgano contralor se ha establecido que el primer párrafo de este numeral, cuando indica que a los sujetos privados le son aplicables los principios y las normas técnicas de control interno solo se mencionan a los particulares que figuran como custodios o administradores de fondos públicos por cualquier título. Es decir, que la norma alude, en cuanto a la aplicación de estos principios y normas, a los sujetos que considera el artículo 4 inciso b), de la Ley Orgánica de la Contraloría, pues en ese supuesto los fondos nunca pierden su naturaleza de fondos públicos. Es decir, quienes figuran como administradores o custodios de fondos públicos, en el sentido al que alude el artículo 4 inciso b), antes señalado, tienen sobre sí una responsabilidad de administración o custodia de fondos que sí pertenecen al Estado, no se trata aquí de su propio patrimonio. En consecuencia, son ellos, por su especial participación de frente a un patrimonio que sigue siendo público, quienes estarían obligados en los términos del artículo 4 de la Ley no. 8292.”

Por su parte, la LAFRPP detalla en su artículo 1 que esta ley se aplica también a las entidades privadas en relación con los fondos públicos que administren o dispongan por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante partida o norma presupuestaria por las empresas públicas del Estado.

Se observa que el legislador previó, para los sujetos privados que custodien o administren fondos públicos, un régimen particular y competencias, tanto

¹³ Contraloría General de la República. División Jurídica. Oficio N.º DJ-1074-2011 del 28 de setiembre del 2011

para la Contraloría como para la entidad concedente, con el propósito de establecer mecanismos de control en el cumplimiento de sus fines públicos.

Además, mediante resolución n.º N-1-2009-CO-DFOE, la Contraloría emitió las normas de control interno para el sector público, que trata sobre los lineamientos sobre los requerimientos básicos de control interno que deben observar los sujetos privados al custodiar o administrar fondos públicos.

Ahora bien, los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo apartado para el propósito del fideicomiso y, con la constitución de un fideicomiso, el ente público está permitiendo que un tercero, público o privado participe en la administración de parte de su patrimonio. En esa medida, los bienes transferidos al fideicomiso mantienen su condición de fondos públicos: el organismo público mantiene la titularidad sobre esos bienes, correlativamente, el fiduciario no recibe la propiedad de los bienes fideicometidos, solamente su administración y disposición para el cumplimiento del fin público que se trate. Como se ha indicado, debe necesariamente enmarcarse dentro del fin del ente público fideicomitente.

En este sentido, se debe señalar que existe un deber de la CGR, en virtud del principio de legalidad, de fiscalizar a los entes que integran la Hacienda Pública. De forma facultativa, tiene competencia sobre los sujetos privados que administren o sean custodios de fondos públicos, los cuales deben entenderse como aquellos valores, recursos bienes y derechos que son propiedad del Estado.

Por esta razón, se mantiene la condición de bienes públicos, de todos aquellos que fueren sometidos a un contrato de fideicomiso y fueren propiedad de un ente estatal, como puede ser el ICE o los bancos estatales.

Siendo así, los sujetos fiduciarios, como privados administradores de fondos públicos, se encuentran sujetos a las potestades de la CGR, señaladas a partir del artículo 16 de su ley orgánica.

De acuerdo con las directrices generales, la ejecución del presupuesto debe ajustarse a los objetivos y metas del plan y las normas legales y contractuales del fideicomiso, a las asignaciones presupuestarias aprobadas y contar con los registros adecuados de las transacciones del fideicomiso.

Adicionalmente, en el primer y segundo semestre del año, debe presentarse ante el Órgano Contralor un informe sobre los resultados obtenidos en el plan, así como una liquidación presupuestaria al 31 de diciembre de cada período. Estas directrices generales reiteran que los gastos sin previa aprobación del contenido presupuestario por la CGR no podrán ser ejecutados, de conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política y los artículos 5 y 14 de la LAFRPP.

Este control posterior, cuando ya se hayan ejecutado las actuaciones administrativas, financieras o materiales, refiere Montiel (2015, p.55), conlleva dos ámbitos particulares. El primero consiste en la verificación del cumplimiento de las obligaciones de la contraparte del sector público, para corroborar si los objetivos y fines públicos se han cumplido, en vista de que la titularidad de la función contenida en este tipo de contrato usualmente no es transferible. En segundo término, el control de la CGR subsiste siempre que existan fondos públicos o “funciones típicamente públicas”, aun cuando han sido desempeñadas por privados; de esta manera, a partir de los fines y resultados inmersos en esa relación la facultad de fiscalización permanece.

La autora señalada indica que este control posterior se realiza para corroborar la conformidad de la gestión o resultados con los principios del ordenamiento jurídico, a la luz del desarrollo jurisprudencial, técnico y doctrinal, sea para corregir desviaciones detectadas, evitar futuras infracciones o para procurar la indemnización de daños producidos.

3. Control mediante las auditorías internas

Según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley General de Control Interno, la Auditoría Interna, es la actividad independiente, asesora y objetiva que proporciona seguridad al ente o al órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones. Contribuye a que se alcancen los objetivos institucionales mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional

para evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de los procesos de dirección en las entidades y los órganos sujetos a esa ley. Dentro de la organización, la auditoría interna proporciona a la ciudadanía una garantía razonable de que la actuación del jerarca y la del resto de la administración se ejecuta conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas, según Barrantes (2014, p. 79)

La Ley General de Control Interno en su artículo 22 inciso a)¹⁴, respecto del ámbito de competencia de la Auditoría Interna, señala que debe realizar estudios en relación con los fondos públicos de la institución respectiva. Incluye tanto los fideicomisos como las actividades privadas referidas en los artículos 5 y 6 de la LOCGR. Por tanto, dentro de las responsabilidades y deberes impuestos por esta ley, alcanza la gestión que implica los fideicomisos.

Las auditorías internas de las administraciones se han apoyado en esta normativa tanto para realizar consultas a la Procuraduría General de la República, como en el caso del Fideicomiso de la Junta Administrativa del Parque Recreativo Nacional Playas de Manuel Antonio¹⁵, como para efectuar estudios de auditoría, por ejemplo en el fideicomiso para el financiamiento de vivienda a los funcionarios del Registro Nacional¹⁶ y el Fideicomiso n.º 1053-Programa Nacional de Renovación de Cafetales y FONACAFE.

4. Control mediante otras entidades: Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) y Superintendencia General de Valores (SUGEVAL)

El contrato de fideicomiso de obra pública también puede encontrarse sujeto a la fiscalización de otros órganos o entes públicos relacionados con el medio financiero, cuando existe participación en el mercado de valores.

¹⁴ Asamblea Legislativa. Ley n.º 8292 Ley General de Control Interno del 31 de julio del 2002 “Artículo 22. —Competencias. Compete a la auditoría interna, primordialmente lo siguiente: a) Realizar auditorías o estudios especiales semestralmente, en relación con los fondos públicos sujetos a su competencia institucional, incluidos fideicomisos, fondos especiales y otros de naturaleza similar. Asimismo, efectuar semestralmente auditorías o estudios especiales sobre fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el tanto estos se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional.”

¹⁵ Procuraduría General de la República. Criterio n.º C-032-2014 del 04 de febrero de 2014.

¹⁶ Disponible en <https://www.rnpdigital.com/institucion/informesauditoria/Fiscalizacion%20Fideicomiso%20de%20Vivienda.pdf>

De acuerdo con el artículo 3¹⁷ de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, la Superintendencia General de Valores es la encargada de regular, supervisar y fiscalizar este mercado. Fue precisamente por su incursión en este sector que en su momento el CONASSIF reformó el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, incorporando un capítulo completo (Capítulo II) para regular los valores provenientes de este tipo de fideicomisos. Lo definió de la siguiente manera:

El fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento... (Art. 73)

Complementariamente el mismo cuerpo normativo define, en el artículo 74, el concepto de obra pública como: "Cualquier obra o estructura que la Administración Pública requiera para brindar un servicio público o cumplir con el fin público que persigue."¹⁸

No obstante, este Consejo, mediante el artículo 13 del acta de la sesión n.º 1124-2014, del 8 de setiembre del 2014, publicado en el Diario Oficial La Gaceta n.º. 190, del 3 de octubre del 2014, derogó ese capítulo y emitió nuevas disposiciones, denominadas Reglamento sobre Financiamiento de Proyectos de Infraestructura, de aplicación a los proyectos de infraestructura financiados mediante emisiones de valores de oferta pública, "y que se estructuran mediante vehículos de propósito especial como fideicomisos o sociedades de propósito especial"¹⁹.

¹⁷ Asamblea Legislativa. Ley n.º 7732 Ley Reguladora del Mercado de Seguros del 17 de diciembre de 1997 "ARTÍCULO 3.- Creación y funciones Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables. La Superintendencia regulará, supervisará y fiscalizará los mercados de valores, la actividad de las personas físicas o jurídicas que intervengan directa o indirectamente en ellos y los actos o contratos relacionados con ellos, según lo dispuesto en esta ley."

¹⁸ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Reforma al Reglamento de Oferta Pública de Valores del 17 de agosto del 2010

¹⁹ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. Reglamento sobre financiamiento de proyectos de Infraestructura. del 17 de agosto del 2010

Con este reglamento se permite que los fideicomisos a través de los cuales se estructuran los proyectos de infraestructura puedan ser administrados por los bancos sujetos a la supervisión de SUGEF, por el Instituto Nacional de Seguros o por las sociedades fiduciarias, autorizadas e inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (RNVI), pero sujetos a las siguientes condiciones, como garantía de control (artículo 11):

1. El fiduciario no debe ejecutar directamente las actividades del proceso de diseño, construcción, equipamiento, mantenimiento, vigilancia e inspección de las obras, sino debe contratar un administrador del proyecto, que se encarguen de la ejecución y contratación de estas actividades.

En este sentido, el Capítulo II, artículos 12,13, 14 y 15 dispone la obligación del vehículo de estructuración (el fideicomiso) de definir un esquema interno de control, que garantice no solamente el cumplimiento del proyecto, sino prevenir conflictos de interés o resolver posibles riesgos, por lo que no es ajeno a la práctica la constitución de comités de control u otras figuras similares, que medien entre el fiduciario y el fideicomitente. Por ejemplo, el Comité de Vigilancia del Fideicomiso Inmobiliario Poder Judicial, , entre varias tareas, encargado de fiscalizar por la transparencia de las actuaciones de ese fideicomiso, solicitar al fiduciario, cuando lo considere, informes sobre el desempeño y cumplimiento de la unidad administradora del proyecto o de cualquier persona que haya sido contratada por el fideicomiso, entre otras²⁰.

2. El fideicomiso debe contar con una estructura organizativa, recursos humanos y tecnológicos adecuados para su objetivo, que proporcionen un ambiente de control aceptable.
3. El fideicomiso debe remitir a la Superintendencia, con una periodicidad trimestral, un informe del avance del proyecto. Los inversionistas tendrán acceso a los informes de avance por medio del RNVI o del administrador del vehículo de propósito especial.

²⁰ Al respecto, véase el "Reglamento del Comité de Vigilancia del Fideicomiso Inmobiliario Poder Judicial 2015" aprobado en sesión N° 23-15, del 8 de junio del 2015, artículo XVI.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, Ley n.º 8204, establece que aquellos que se dediquen a la administración de fideicomisos estarán obligados a inscribirse ante la SUGEF.

Además, se crearon regulaciones específicas para la autorización y el funcionamiento de sociedades anónimas, cuyo objeto exclusivo es la administración de fideicomisos emisores de valores de oferta pública (sociedades fiduciarias), mediante el Reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública; que también, deben inscribirse en el RNVI, según el artículo 15 de este reglamento y con previa autorización de la SUGIVAL.

Estos cambios, según Rubí (2015, p. 145), habilitaron la variedad de vehículos de estructuración y distintas opciones de contrato de arrendamiento, con una orientación de transparencia en cuanto a los proyectos, su estructura de financiamiento y gestión, bajo unas pautas de control a cargo de la SUGIVAL, que procuran flexibilidad de este tipo de figuras y la protección del inversionista.

Las normas emitidas por la CONASIF y SUGIVAL tienen como fin evitar conflictos de intereses entre fiduciario y entidad bancaria interesada en el proyecto concreto, pero no se observa que la orientación de los controles favorezca la eficiencia en el uso de los fondos públicos.

Por otra parte, si bien la Tesorería Nacional de la República emitió la directriz DIR-TN-01-2016, denominada Políticas y Lineamientos aplicables a los Fideicomisos en el Sector Público, Cubiertos por el Principio Constitucional de Caja Única del Estado, expresamente no hace referencia a aquellos fideicomisos de desarrollo de obra pública..

Lo anterior evidencia la necesidad de regular este instituto de forma estratégica e integral, ya que el desarrollo normativo se efectúa de forma poco articulada y de manera reactiva ante los efectos del uso de esta figura en ámbito público.

5. Consideraciones respecto del sistema de control del fideicomiso de obra pública

De este acercamiento al sistema actual de control de la figura del fideicomiso de desarrollo de obra pública, se derivan varios aspectos relevantes que deben considerarse:

1. Las disposiciones acerca de los fideicomisos públicos en general y en particular aquellos de obra pública, coexisten en una dualidad de normas públicas y privadas, poco sistematizadas, de carácter genérico y con pocas referencias en cuanto a la finalidad que debe cumplir a favor de los intereses generales, complejidades que se manifiestan también en el régimen de control.
2. Aunado al punto anterior, se observa que en el sistema de control trazado por las distintas autoridades de supervisión y fiscalización intervinientes persiste otra dualidad, originada no solamente por las competencias de estas autoridades, sino también por los objetivos que se persiguen en cada ámbito: por un lado, el régimen emanado de las funciones asociadas a la tutela de los recursos de la Hacienda Pública, representado por la CGR y las auditorías internas; por otra parte, el régimen vinculado al mercado financiero y de valores, cuyas prioridades consisten en la regulación de estos mercados, la protección de los inversores, flexibilidad, dinamismo y seguridad de su entorno económico.
3. Se denota como las regulaciones generadas para efectos del mercado de valores resultan más específicas y precisas en cuanto a los institutos y procedimientos de control, respecto de aquellas correspondientes a materia administrativa.
4. Las valoraciones sobre la transparencia y eficiencia de los fideicomisos de obra pública, en este contexto, cuyos límites y condiciones no se encuentran claramente definidos en normas, sin desconocer la obligación de ajustarse a los principios de la contratación administrativa (artículo 2 de la LCA), requieren entonces de la integración normativa, el aporte de la jurisprudencia e incluso de la doctrina, aplicados en cada caso concreto.

Ahora bien, para examinar si el funcionamiento de un fideicomiso de obra pública reúne las condiciones necesarias para cumplir con los principios de transparencia que exigen los procedimientos de excepción para que la Administración Pública se aprovisione de bienes y servicios, requiere necesariamente un parámetro de valoración, en este sentido, Ortega (2007, pp. 256-271) plantea que el funcionamiento transparente de estos fideicomisos –a la luz de los preceptos constitucionales– debe poder ser trazado en por lo menos cinco componentes, que a continuación se presentan de forma resumida:

1. En la motivación para utilizar la figura del fideicomiso, con un análisis técnico que evidencie al fideicomiso como la mejor opción (relación necesidad administrativa y criterios técnicos, jurídicos y financieros).
2. En la transparencia en la selección del fiduciario, para lo cual se deben documentar las razones de la selección del fiduciario, así como de la motivación del uso de esta figura.
3. En la definición de la comisión del fiduciario, implica la verificación de su razonabilidad, según estudio de mercado y certeza sobre lo que se está incluyendo en el monto.
4. En la transparencia en la actividad contractual realizada por los fideicomisos, mediante la regulación del procedimiento que se aplicará en el fideicomiso y su publicación.
5. En el control externo de la actividad contractual realizada por los fideicomisos como garantía de transparencia, a través de la garantía de un tercero imparcial que conozca las discusiones de los actos con efectos propios en los concursos generados por los fideicomisos.

Análisis como los expuestos podrían ser incorporados en pautas de orden administrativo para solventar los vacíos señalados tanto en materia de contenido de la figura, como de su control.

Luego de presentar los antecedentes que demuestran varios espacios de incerteza jurídica, como lo plantea Ortega, se requiere de lineamientos fundamentales mínimos en cada una de las etapas esenciales para el desarrollo de los fideicomisos de obra que, según Rojas, consisten en la

definición y elaboración de los proyectos de las obras, su construcción y, finalmente, el recibo a satisfacción o alquiler de obras. A nuestro criterio, esto podría ser solventado, no solamente con normativa de rango legal (propuesta de Ortega). Tómese en cuenta que ya existe un marco legal que lo autoriza y una estructura de fiscalización con las competencias necesarias para emitir reglamentación y ejercer fiscalización sobre las entidades involucradas en la obra pública.

III. Análisis de Ley n.º 9422 “Autorización para el desarrollo de infraestructura de transporte mediante fideicomiso”

A la luz de la temática del artículo y con el fin de enfocar su actualidad e importancia, no se puede dejar de analizar la Ley n.º 9422, sancionada el 16 de febrero del 2017 y publicada en La Gaceta n.º. 101 del 30 de mayo de 2017, sobre la autorización para el desarrollo de infraestructura de transporte público mediante la figura del fideicomiso, para determinar su posible efectividad y régimen de control.

La norma, según su exposición de motivos, pretende autorizar al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), así como al Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER), a constituir fideicomisos de interés público para el desarrollo de infraestructura de transporte. Se indica que existen diversos proyectos de ley que pretenden autorizar la construcción de fideicomisos para cada carretera. Todos siguen una propuesta de marco normativo muy similar.

Este proyecto de ley busca extender una autorización general para la constitución de fideicomisos, con los adecuados controles de legalidad para salvaguardar el control sobre el límite al crecimiento del crédito público.²¹

21 Asamblea Legislativa de Costa Rica. Proyecto de Ley n.º 19.497 “ARTÍCULO 1.- Autorización para constituir fideicomisos de obra de infraestructura de transporte Se autoriza y faculta al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y del Consejo Nacional de Vialidad

En cuanto a elementos de control, el artículo primero establece que los contratos deben ser refrendados por la CGR. Por otro lado, la norma en su artículo 10 hace alusión a la estructura que debe tener el fideicomiso, la cual requiere una estructura de fiscalización, supervisión y vigilancia, integrada por profesionales con idoneidad técnica y que no recaiga sobre ellos sentencia firme por delitos dolosos ni que hayan sido inhabilitados para ejercer cargos públicos, los cuales serán designados por medio del mecanismo definido en el contrato del fideicomiso.

Además, si bien el artículo 11 detalla que cada fideicomiso elaborará anualmente el presupuesto y lo remitirá a la CGR, no se menciona el fin con el que se envía al Órgano Contralor, por lo que no parece ser un mecanismo de control eficaz.

Del resto del articulado, no se observan mecanismos de control adicionales ni referencias a normas específicas de control que deben atenderse en el contexto de privados que administran fondos públicos. En este sentido, la ley es un intento de regular un fenómeno contractual presente en la actualidad; sin embargo, faltan mecanismos de control robustos que permitan analizar el uso eficiente de los recursos públicos que se administran.

En el articulado se observan mecanismos de control muy ligeros, tanto internos como externos, en aras de un correcto manejo de los fondos públicos. Existe conciencia de la urgente necesidad de infraestructura de este país. Para alcanzar mayores niveles de desarrollo es indispensable contar con infraestructura pública suficiente y en buen estado que satisfaga las necesidades de transportación de las personas y permita elevar el nivel de competitividad de los mercados internacionales. No obstante, el uso eficiente de los recursos que administran los fideicomisos y la fiscalización no deben dejarse de lado.

(CONAVI) para constituir fideicomisos de interés público con cualquiera de los Bancos del Sistema Bancario Nacional a efectos de planificar, diseñar, financiar, construir, operar y dar mantenimiento a la obra de infraestructura de transporte. Igualmente se autoriza y faculta al Instituto Costarricense de Ferrocarriles para constituir fideicomisos de interés público con cualquiera de los bancos del Sistema Bancario Nacional a efectos de planificar, diseñar, financiar, construir, operar y dar mantenimiento a la obra de infraestructura ferroviaria. Para obtener financiamiento los fideicomisos podrán acceder a fuentes de recursos financieros privados y públicos, otorgados por entidades nacionales e internacionales, mediante los mecanismos financieros que se estimen necesarios.”

IV. Conclusiones

El fideicomiso es una figura propia del derecho común trasladado al ámbito del Derecho Público, de manera que la constitución y el control de los fideicomisos de desarrollo de obra pública han irrumpido en procedimientos de contratación administrativa, por lo que es posible afirmar que este es un fenómeno despublificación.

Luego de revisar el actual sistema de control de los fideicomisos de obra pública, se determina la existencia de aspectos normativos que generan incerteza jurídica, en cuanto a pautas mínimas por seguir en las etapas esenciales del desarrollo de los fideicomisos de obra. Esto podría ser solventado mediante reglamentación de la CGR, pues ya se cuenta con la vigencia de un marco legal que lo autoriza, también con la estructura de fiscalización, sin demeritar los esfuerzos por regular tales extremos mediante la ley.

Se considera que la Ley n.º 9422, "Autorización para el desarrollo de infraestructura de transporte mediante fideicomiso", es un intento loable de regular un fenómeno contractual presente en la actualidad; no obstante, omite mecanismos de control robustos que permitan analizar el uso eficiente de los recursos públicos administrados, ya que se basa en estructuras utilizadas en las leyes tramitadas anteriormente.

No se ha realizado un estudio consciente de los elementos que deben integrarse en este tipo de contratos para proteger la Hacienda Pública, sin someterla a un grado excesivo de controles que impliquen costos innecesarios para el país. De esta forma, es necesario que se fortalezcan los controles internos, en aras de velar por los intereses de los distintos actores, con el fin de evitar costos y apoyar una eficiente y oportuna toma de decisiones.

Referencias

Normativa

Asamblea Nacional Constituyente (1949). Constitución Política de la República de Costa Rica.

Ley n.º 7495. Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Expropiaciones del 3 de mayo de 1994.

Ley n.º 7732. Asamblea Nacional Constituyente. Ley Reguladora del Mercado de Valores del 17 de diciembre de 1997.

Ley n.º 7762. Asamblea Nacional Constituyente. Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos del 14 de abril de 1998.

Ley n.º 7798. Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Creación del Consejo Nacional de Vialidad del 30 de abril de 1998.

Ley n.º 8131. Asamblea Nacional Constituyente. Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos del 18 de setiembre del 2001.

Ley n.º 8292. Asamblea Nacional Constituyente. Ley General de Control Interno del 4 de setiembre del 2002.

Ley n.º 7428. Asamblea Nacional Constituyente. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del 7 de setiembre del 2004.

Ley n.º 8204. Asamblea Nacional Constituyente. Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo del 30 de abril de 1998.

Ley n.º 9422. Asamblea Nacional Constituyente, Autorización para el desarrollo de infraestructura de transporte mediante fideicomiso del 30 de mayo del 2017

Contraloría General de la República. (2002). Directriz 108020. Directrices generales para la presentación de los documentos presupuestarios de los fideicomisos cuyos presupuestos deben ser aprobados por la Contraloría General de la República. Costa Rica. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.spx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=49230&nValor3=88379&strTipM=TC

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. (2014) Reglamento sobre sociedades fiduciarias que administren fideicomisos emisores de valores de oferta pública. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=78047&nValor3=98216&strTipM=TC

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. (2014) Reglamento sobre Financiamiento de Proyectos de Infraestructura. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=78054&nValor3=98217&strTipM=TC

Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. (2010) Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. Recuperado de: http://www.conassif.fi.cr/acuerdos/2010/06_cns%20881-8.pdf

Poder Judicial (2016) Reglamento del Comité de Vigilancia Fideicomiso Inmobiliario Poder Judicial 2015. Recuperado de: https://www.imprentanacional.go.cr/pub-boletin/2016/02/bol_09_02_2016.pdf

Tesorería Nacional de la República y Directriz DIR-TN-01-2016 (2016). Políticas y Lineamientos aplicables a los fideicomisos en el Sector Público, cubiertos bajo el principio constitucional de caja única del Estado. Recuperado de: http://www.hacienda.go.cr/docs/56d873237a6f4_Directriz%20DIR-TN%2001-2016%20Sobre%20Fideicomisos.pdf

Resoluciones administrativas

Contraloría General de la República. Criterio n.º C-241- 2001 del 5 de setiembre de 2001.

Contraloría General de la República. Criterio n.º C-014- 2003 del 27 de enero de 2003.

Contraloría General de la República. Oficio. n.º DAGJ-1264-2006 del 1 de agosto de 2006.

Contraloría General de la República. Criterio. n.º C-129-2014 del 22 de abril de 2014.

Contraloría General de la República. Oficio. n.º DCA-1080 del 28 de abril de 2016.

Procuraduría General de la República. Criterio. n.º C-296-2001 del 26 octubre de 2001.

Procuraduría General de la República. Criterio. n.° C-201-2003 del 27 de junio de 2003.

Procuraduría General de la República. Criterio. n.° C-398-2003 del 18 de diciembre de 2003.

Procuraduría General de la República Criterio. N.° C-168-2006 del 2 de mayo de 2006.

Procuraduría General de la República Criterio n.° C-032-2014 del 04 de febrero de 2014.

Procuraduría General de la República Criterio n.° C-129-2014 del 22 de abril del 2014.

Procuraduría General de la República Opinión Jurídica n.° OJ- 72-2014 del 14 de julio de 2014.

Doctrina

Barrantes Sánchez, I. (2014) El ABC de la Auditoría Interna en el sector público costarricense. Edición 1. San José, Costa Rica. IJSA

Cabanellas De Torres, G. (2006) Diccionario Jurídico Elemental.

Carregal, M.A (1982) El fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas. Buenos Aires: Ed. Universidad.

Carretero, A. (1990) El informe anual del Tribunal de Cuentas (III). Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública. Vol. 40, N.° 208. P. 787-842

Cerdas, A. (2012) Las concesiones en costa rica- antecedentes y evolución dificultades y una propuesta. Recuperado de: <http://docplayer.es/18725706-Las-concesiones-en-costa-rica-antecedentes-y-evolucion-dificultades-y-una-propuesta.html>

Deferrari, D. J. (2002) Trusts y fideicomisos: un paradigma de las dificultades del uso de préstamos, calcos y neologismos en la traducción jurídica al español. En I International Conference: "El español, lengua de traducción", Almagro, Ciudad Real, España. Recuperado de: http://europa.eu.int/comm/translation/events/almagro/index_es.htm

García, N. (2010.) El control externo de la administración pública, un enfoque internacional. Encrucijada, Revista Electrónica del Centro de Estudios en Administración Pública. N.° 4 Recuperado de: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/encrucijada/article/view/58523>

Gasparini, M. L. (2006) Fideicomisos públicos: Una nueva alternativa de financiamiento. Tesis Doctoral. Universidad Empresarial Siglo 21

Hernández, M. (2007) Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público. Costa Rica: Ed. UCR.

Sandoval, I. (2007) Rendición de Cuentas y Fideicomisos: El reto de la opacidad financiera, México: Ed. Color SA.

Johanning, A. (2003) *Variables relevantes para la fiscalización presupuestaria que realiza la Contraloría General de la República de los fideicomisos constituidos con fondos públicos*. Universidad de Costa Rica

Kresalja, B. (1999) *El rol del estado y la gestión de los servicios públicos Themis- Revista de Derecho*. N.º 39. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10382>

López, Á. (2002) *Naturaleza jurídica de la propiedad fiduciaria*. Anuario iberoamericano de derecho notarial. (pp. 13-24)

Maurycy de González, B., Fernández J.C I. (2000) *Tratado teórico práctico de fideicomiso*. Buenos Aires.

Montiel, A y Acosta, M., Blanco, D. Calderón, G. Calvo, A. Cardona, R. Cordero, J.M, Nowalski, J. Villalobos, F.(2015) *Antología: La dimensión legal de las alianzas público-privadas en Costa Rica. Aspectos legales de las alianzas público-privadas para el desarrollo* (pp. 54-55). Recuperado de: <http://aliarse.org/documentos/new/Antologia.pdf>

Ortega, E. (2007) *Ética de la función pública y transparencia. Fideicomisos públicos en Costa Rica: transparencia de su actividad contractual* (pp. 256-271) Recuperado de: http://www.liberlex.com/archivos/fideicomisos_CR.pdf

Ortiz, E. (1996) *Derecho Administrativo [TESIS]: Ed.Stradmam*.

Pérez López, M. (2010) *Gasto público, fiscalización y administración de recursos económicos públicos. Cuestiones constitucionales.2010*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88520288007>

Porrás Zamora, J. (1998) *El fideicomiso en Costa Rica*. San José, Costa Rica.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (2010) *Decimosexto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Programa Estado de la Nación*. Costa Rica Recuperado de: http://estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/016/A_indice_16.pdf

Roldán, C. y Navarro, V. (2013) *Los fideicomisos para el desarrollo de infraestructura en el sector público. Un desafío jurídico administrativo para el Estado costarricense [Tesis]*. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica.

Rubí, M., I. y Valverde, M. (2015) *Fiscalización de los Fideicomisos que involucran Fondos Públicos: análisis jurídico en busca de la eficiencia y transparencia de la figura y su proceso de fiscalización*. (p. 145) Recuperado de: http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/maria_isabel_rubi_fallas_monica_de_jesus_valverde_nunez_tesis_completa.pdf

Salas, M. (2013) *Memoria Seminario: Los Fideicomisos para el Desarrollo de Obra Pública*. Universidad de Costa Rica. CICAP. Recuperado de: <http://cicap.ucr.ac.cr/web/wp-content/uploads/2013/11/memoria-los-fideicomisos-para-el-desarrollo-de-obrapublica.pdf>

Trevillo Moreno, J. (2010) *El buen uso del fideicomiso en las Asociaciones Público Privadas*. XX Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Recuperado de: <http://www.felaban.net/congreso.php?id=54>

Vargas Lepe, P. (2014) *El control previo en los fideicomisos públicos*. Recuperado de: http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/el_control_previo_en_fideicomisos_con_fondos_publicos.pdf



Estudios de **Colaboradores Internacionales**

La Auditoría General de la Nación
**en la Constitución de la
República Argentina**

Fabiana H. Schafrik de Nuñez

I. Introducción

Cuando en el año 1993 entró en vigencia la Ley N° 24.156 de “Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional” se puso en funcionamiento un nuevo órgano de control externo del presupuesto: la Auditoría General de la Nación, cuya creación implicó un cambio sustancial en el modelo de control que hasta ese momento había conocido nuestro país.

De un modelo italiano representado por el Tribunal de Cuentas de la Nación, creado a nivel nacional mediante el dictado del Decreto-Ley N° 23.354 el 31 de diciembre de 1956 se pasó a otro de tipo anglosajón.

El impacto del cambio fue enorme por lo que resulta imprescindible, para percibir su alcance, reflexionar sobre las diferencias entre el concepto de control propuesto por el Tribunal de Cuentas de la Nación y el de la Auditoría General de la Nación.

Básicamente se puede decir que ambos modelos parten de un concepto de control diferente. En efecto, el modelo italiano entiende al control en un sentido amplio, es decir comprobación o verificación seguida del análisis de la responsabilidad. En tanto que, en el anglosajón, el control es comprobación o verificación, y la responsabilidad -efecto jurídico de esa actividad de comprobación- constituiría un elemento separable que no forma parte de la definición y por ende es desarrollado por otros actores y no necesariamente por el órgano controlante.

Ello más allá de las características diferenciadoras como podrían ser el momento en que opera el control y su alcance, la integración del organismo, estabilidad de sus integrantes en el cargo, ejercicio o no de facultades jurisdiccionales, entre otras diferencias que se pueden encontrar entre estos tipos de controles.

II. Del nombre del organismo de control a crearse durante el tratamiento legislativo de la Ley N° 24.156

Al momento de discutir cómo se denominaría al nuevo organismo de control, se produjeron debates en el ámbito legislativo. Ello por cuanto, en alguna medida, el modo de designarlo estaba vinculado al alcance y tipo de control que encararía el organismo.

En el proyecto de Ley de Administración Financiera elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional¹, que finalmente fue sancionado como ley 24.156, el nombre que se le iba a otorgar al organismo de control externo era Contraloría General de la Nación; ello fue modificado por el primer dictamen de la mayoría en la Cámara de Diputados de la Nación por el de Auditoría General de la Nación. Posteriormente, el proyecto sancionado por la Cámara baja denominó al organismo Auditoría y Contraloría General de la Nación. Fue en ocasión del tratamiento del proyecto de ley, en revisión, en la Cámara de Senadores de la Nación que se cambió su denominación por la de Auditoría General de la Nación.

El órgano de control externo del presupuesto, nombrado tal como lo conocemos en la actualidad, quedó normado en el Título VII “Del control externo” (artículos 116 a 131). Este Título se dividió en tres capítulos: Auditoría General de la Nación, Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de la responsabilidad.

¹ Esta Convención fue suscripta en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos en Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996. Fue aprobada en nuestro país mediante la Ley N° 24.759. Esta ley fue sancionada el 4 de diciembre de 1996, promulgada de hecho el 13 de enero de 1997 y publicada el 17 de enero de ese mismo año. La Convención entró en vigor el 7 de noviembre de 1999 y consta de veintiocho artículos.

III. De la reforma parcial de la Constitución nacional en el año 1994

A poco tiempo de ponerse en funcionamiento la Auditoría General de la Nación se sancionó en nuestro país la reforma parcial de la Constitución nacional. En esa ocasión, por primera vez se introdujo dentro de la Ley Fundamental de la Nación al órgano que desarrollaría una de las más importantes tareas en un sistema republicano de gobierno: el control de las cuentas públicas.

Para poder comprender los motivos de la inserción de la Auditoría General de la Nación en el plexo constitucional debemos analizar algunas de las razones que condujeron a la reforma constitucional de 1994.

Dos de las ideas que pregonaron en la reforma constitucional fueron: la atenuación del sistema presidencialista de gobierno y el fortalecimiento del rol del Congreso Nacional con el consecuente reestablecimiento de un nuevo equilibrio entre los órganos de poder del Estado. Este anhelo de recrear un nuevo equilibrio se observó durante el tratamiento en la Comisión Constituyente que derivó en la consagración en el texto constitucional de la Auditoría General de la Nación².

² Esta Convención fue adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. Fue aprobada por el Congreso nacional mediante la sanción de la Ley N° 26.097 el 10 de mayo de 2006, promulgada de hecho el 6 de junio y publicada el 9 de junio del mismo año. Entró en vigor el 27 de septiembre de 2006. Este instrumento consta de setenta y un artículos.

IV. Otras normas que garantizan un adecuado sistema de control externo

Además de la Constitución nacional y de la ley 24.156, cabe mencionar entre las normas que tienden a garantizar un adecuado sistema de control a la ley de Ética Pública, reglamentaria del artículo 36 de la Constitución nacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción³ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴.

Estos últimos instrumentos internacionales gozan de jerarquía suprallegal y su incumplimiento trae aparejada la responsabilidad del Estado.

V. El derecho al mantenimiento de un adecuado sistema de control y los derechos humanos

Así como no cabe duda alguna acerca de la vinculación conceptual entre Ley de Presupuesto con el sistema de derechos humanos⁵, no se puede soslayar que velar por un adecuado funcionamiento del sistema de control de las cuentas públicas se convierte en una herramienta imprescindible para que el correcto direccionamiento de los recursos públicos redunde en la satisfacción de los derechos humanos y de los derechos constitucionales en general.

Luego de la reforma de nuestra Constitución nacional en el año 1994, se les reconoció jerarquía constitucional a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos, no escapando a la previsión

³ *CORTI, Horacio G. "Derecho Constitucional Presupuestario", Lexis Nexis, 2007, Buenos Aires, página 694.*

⁴ *Leandro Despouy separata Auditoría General de la Nación, comentario al art. 85, Constitución de la Nación Argentina comentada, Daniel A. Sabsay - Pablo Manili, ed. Hammurabi, pág. 61*

⁵ *Sobre este tema y sus implicancias se recomienda un trabajo de reciente aparición de IVANEGA, Miriam, Actos de los organismos de control, elDial.com, del 29 de abril de 2009. También ha profundizado en este tema BARRA, Rodolfo Carlos, "Tratado de derecho administrativo", Tomo 3, Buenos Aires, Abaco, 2006, páginas 869 y siguientes.*

del convencional constituyente el mecanismo por el cual otros tratados internacionales de derechos humanos pueden adquirir la referida jerarquía (artículo 75 inciso 22).

A partir de ello, estos instrumentos reforzaron los derechos previstos expresamente en la Primera Parte de la Constitución nacional y contribuyeron a dar un mayor contenido a los denominados derechos implícitos, que surgen en el artículo 33 del Texto Fundamental de la Nación.

La realización de los derechos humanos es posible, no tan sólo cuando se prevén partidas presupuestarias para su atención, sino también cuando se utiliza a los mentados recursos en forma eficiente, eficaz y transparente.

El control de las cuentas públicas coadyuva al cumplimiento de la progresividad que demanda la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales (DESCS), por ejemplo, puesto que las cláusulas de estos instrumentos internacionales imponen que tales derechos se satisfagan habida cuenta con la organización y los recursos del Estado (artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), con los recursos existentes (artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), hasta el máximo de los recursos de que disponga el Estado (artículo 2° del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales) o, en la medida de los recursos disponibles (artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Sin una correcta asignación de los recursos públicos no es posible pensar en la progresividad que requiere la satisfacción de estos derechos. Asimismo, el control de las cuentas públicas permite evaluar los esfuerzos estatales en el cumplimiento de los derechos constitucionales.

VI. La adecuación de las nuevas normas a la realidad de la institución en la actualidad y a la reforma constitucional del año 1994

El artículo 85 de la Constitución nacional, tal como quedó redactado, presentó ciertos matices en la regulación del órgano de control externo del presupuesto respecto de su ley de creación. Sin embargo, no se ha sancionado al día de hoy aún un texto legal que adecue las normas de la Ley N° 24.156 a la Constitución nacional y, menos aún, que pretenda recoger la experiencia de tantos años de funcionamiento del organismo.⁶

Si bien es cierto que al sancionarse la reforma parcial del texto constitucional el organismo tenía un año de funcionamiento y podía entenderse que era prematuro pensar en una reforma de la ley de creación, a poco tiempo de su puesta en funcionamiento; resulta preocupante que aún no haya una modificación sancionada del texto legal.

La regulación normativa que se propone no pretende una modificación integral de la AGN, en tanto ello implicaría barrer con la historia del órgano de control. El norte de este trabajo debiera asentarse sobre la base de las fortalezas del organismo, fruto de la ley y del trabajo de todos aquellos que han ocupado un lugar en la institución o que lo ocupan en la actualidad; en otras palabras, que la ley reglamentaria refleje la labor que hoy por hoy desempeña el organismo, así como también la experiencia adquirida.

⁶ La INTOSAI (Internacional Organization of Supreme Audit Institutions) se fundó en 1953 y ha pasado de los 34 países iniciales a contar con ciento ochenta y nueve Entidades Fiscalizadoras Superiores miembros de pleno derecho y tres miembros asociados. La Declaración de Lima sobre Pautas acerca de los Preceptos de Fiscalización, aprobada en el noveno congreso internacional y calificada de Carta Magna de la auditoría gubernamental, sirve de marco filosófico y conceptual para el trabajo de la INTOSAI. Los Estatutos de la INTOSAI, revisados y aprobados por unanimidad en el congreso de Washington en 1992, son la carta que rige la organización y describen la estructura, los miembros, el mandato y las normas de la INTOSAI. Sus Congresos se denominan INCOSAI. En ocasión del XIX Congreso de la INTOSAI, celebrado en la Ciudad de México en noviembre de 2007 se aprobó una modificación a los Estatutos respecto de los miembros asociados (extractado de la sinopsis en español de la página • www.intosai.org • [citado en 14/05/09]).

Sobre los orígenes de INTOSAI resultan interesantes las apreciaciones de MUÑOZ ALVAREZ, Ramón, "Los derechos humanos y los Tribunales de Cuentas", en "La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario", Barcelona, Bosch, páginas 511/524.

VII. Adaptaciones que requiere la Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público nacional

A continuación, se analizarán diversas sugerencias de modificaciones que la ley requiere para adaptarse a lo dispuesto por el artículo 85 de la Constitución nacional y/o que tienen que ver con el mejoramiento legislativo del instituto en virtud de la experiencia ganada.

1. Necesidad de dotar de mayor independencia de obrar a la Auditoría General de la Nación

En este punto no sería desmesurado hablar de la lucha por el control. En la actualidad pueden apreciarse las dificultades que, para el correcto desempeño de sus funciones constitucionales, el órgano de control externo del presupuesto debe afrontar.

La actividad del organismo es una actividad administrativa de control⁷; no es actividad consultiva debiendo también diferenciarse del control político que debe asumir el Congreso de la Nación. No se pretende, con esta afirmación, desconocer la vinculación que naturalmente tiene la entidad – por mandato constitucional– con el Poder Legislativo, sino que se considera necesario volver a formular el alcance de algunos artículos de la ley para afianzar las fortalezas del órgano de control externo del presupuesto como entidad con autonomía funcional e independencia financiera.

El artículo 5º de la Declaración de Lima de 1977, en ocasión del IX Congreso de Intosai⁸, prevé en su apartado 2. “aunque una independencia absoluta respecto de los demás órganos estatales es imposible, por estar ella misma inserta en la totalidad estatal, las Entidades Fiscalizadoras Superiores deben gozar de la independencia funcional y organizativa para el cumplimiento de sus funciones”.

⁷ Leandro Despouy, *el control externo en la Constitución Nacional, separata Constitución de la Nación comentada Sabsay-Manili, Ed. Hammurabi, pág. 61.*

⁸ LOZANO MIRALLES, Jorge, “Configuración e independencia de los órganos de control externo. Un análisis comparado”, Madrid, Civitas, 1996, 1ª edición, página 82.

Por su parte, el artículo 8º de la referida Declaración dispone: “La independencia otorgada a las Entidades Fiscalizadoras Superiores por la Constitución y la Ley, les garantiza un máximo de iniciativa y responsabilidad, aún cuando actúen como órganos del Parlamento y ejerzan el control por encargo de éste. La Constitución debe regular las relaciones entre la Entidad Fiscalizadora Superior y el Parlamento, de acuerdo con las circunstancias y necesidades de cada país”.

Esta postura ha sido reforzada en los diferentes principios plasmados en la Declaración de México sobre Independencia, dada en ocasión del XIX Congreso de la INTOSAI en noviembre de 2007.

El artículo 116 de la Ley N° 24.156 concibe a la Auditoría General de la Nación como una entidad con personería jurídica propia e independencia funcional. Asegura, a su vez, su independencia financiera. En tanto que, el artículo 85 de la Constitución nacional le otorga autonomía funcional.

En síntesis, se trata de concretar los postulados trazados por la normativa de creación del organismo y la Ley Fundamental de la Nación.

VIII. Ámbitos en los que se despliega la intervención del Congreso Nacional

El referido artículo 116 en último término de la Ley N° 24.156 dispone además que, las modificaciones a su estructura orgánica, normas básicas internas, distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento se aprueban por resoluciones conjuntas de las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras, a propuesta del órgano de control externo.

A propuesta de los Auditores en Colegio, estas comisiones fijan a la Auditoría General su programa de acción anual, situación que también resta independencia funcional al órgano de control (artículos 118, 125 inciso a) y 129 inciso a) de la Ley N° 24.156).

En la actualidad, una práctica que se ha desarrollado es que la propia AGN propone su plan de acción, con la participación de las ONGs, de ello se pone en conocimiento a la CPMRC, que solo incorpora aquellos que sean de su interés.⁹

Los artículos 125 inciso a) y 129 inciso b) de ley establecen que la Auditoría General de la Nación en colegio propone el proyecto de presupuesto anual de la entidad que debe ser presentado ante la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas para su análisis. Luego el proyecto se remite al Poder Ejecutivo Nacional para su incorporación en el Presupuesto anual.

Este es, sin lugar a dudas, un punto sensible y que hace a la independencia funcional del órgano de control. Sin pretender sustraer el proyecto de presupuesto de la Auditoría General de los mecanismos legales y constitucionales vigentes previstos para el tratamiento de la ley de presupuesto general, se considera que deben darse las garantías mínimas para que el mentado órgano de control cuente con los recursos suficientes para el desarrollo de las funciones encomendadas. Ello por cuanto los recursos que se asignen al organismo deben estar en línea con el plan de acción anual.

Sobre el particular, corresponde destacar que la previamente citada Declaración de Lima señala en el artículo 7º que la independencia financiera de las Entidades Fiscalizadoras Superiores implica: poner a disposición de las Entidades Fiscalizadoras Superiores los medios financieros necesarios para el cumplimiento de las funciones que les incumben; solicitar directamente al organismo encargado del presupuesto estatal los medios financieros que estime necesarios y la consiguiente responsabilidad de las referidas Entidades sobre los fondos que se le pongan a consideración.

⁹ En el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional 632 del 12 de abril de 1991, y que luego se convirtió en Ley N° 24.156, se propuso la creación de la Contraloría General de la Nación como un organismo unipersonal, que sería asistido por tres SUBCONTROLADORES (artículos 124 y 128 del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional). Esta conformación se mantuvo en el dictamen de la mayoría puesto a tratamiento en la Cámara de Diputados, pero bajo la denominación de Auditoría General de la Nación (artículos 125 y 127). En la aprobación de la Cámara baja se dejaba a cargo de la Auditoría y Contraloría General de la Nación a un auditor y un controlador (artículo 125 y 127). La conformación colegiada fue introducida en el dictamen del Senado (artículo 121).

1. El modo de designar a los Auditores Generales y la necesaria representación de las minorías

En la actualidad, la designación de seis de los siete Auditores Generales se realiza por resoluciones de ambas cámaras del Congreso Nacional. Tres por la Cámara de Diputados y tres por la Cámara de Senadores. No se exige para ello mayorías rígidas (artículo 122 de la Ley N° 24.156). En tanto, la ley señala que su presidente es elegido por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras (artículo 123 de la Ley N° 24.156). A ello debe sumarse que, desde la sanción de la Constitución nacional, el artículo 85 impone que el presidente del órgano de control sea designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.

Sería deseable que a los efectos de escuchar la voz de las minorías la designación de los Auditores Generales se realice por mayorías agravadas. Ello evitará –de coincidir las mayorías parlamentarias con el color político del gobierno– que la designación recaiga en personas que cuenten con el apoyo del sector más importante al que va destinado el control: el propio Poder Ejecutivo Nacional.

En el actual gobierno se dio por primera vez la ecuación que la mayoría del organismo pertenece al partido opositor al del gobierno; antes de ello; a pesar de que el presidente de la Auditoría General era de la oposición, el órgano de control no tenía una mayoría opositora al gobierno.

Una mayoría agravada, como ser la de dos tercios de los miembros totales, busca el consenso entre las distintas fuerzas políticas, lo que favorece la búsqueda y designación de candidatos neutrales y difícilmente influenciados. Este mecanismo permite a la oposición hacer valer su fuerza y sus votos en la designación. En cambio, bajar las mayorías para la designación de los miembros del órgano de control externo permitiría que el partido mayoritario (o la coalición mayoritaria) que sustenta al Gobierno pueda intervenir con excesivo peso en la elección del candidato¹⁰.

¹⁰ RUZO, Alejandro, "Curso de Finanzas", Tomo IV "El Presupuesto", El Ateneo, 1933, página 299.

La hipótesis descripta lleva a cuestionar el sistema en cuanto a su viabilidad como organismo colegiado¹¹. No debe olvidarse que los Auditores en Colegio adoptan sus decisiones por mayoría y que el presidente no tiene doble voto en ningún caso; es uno más al momento de tomar las decisiones.

En este punto resulta sumamente importante acompañar el agravamiento de las mayorías para la elección de los Auditores, de la necesaria acreditación de su idoneidad en temas vinculados al control al momento de ser propuestos como candidatos. Su designación por mayorías agravadas no garantiza, de por sí, la independencia del cuerpo; es la idoneidad para el ejercicio de la función el camino para lograr la independencia.

Lo dicho hasta aquí no intenta desconocer que la gran mayoría de los auditores que formaron parte del órgano de control tenían acabada idoneidad para el cumplimiento de sus tareas, pero la falta de regulación en la materia posibilita que la política partidaria intente invadir sectores en los que la idoneidad es el ingrediente fundamental para garantizar la independencia del órgano de control.

IX. La garantía de la publicidad de sus actos

En el año 1933, Alejandro Ruzo comenzaba el capítulo “Contralor de gastos públicos” de su “Curso de Finanzas”, con la siguiente afirmación: “En los sistemas representativos, políticamente se requiere, como condición inherente a los mismos, que el pueblo que entrega parte de su riqueza para el sostenimiento del Estado, conozca su inversión. La publicidad es, así, esencial al control, como las reservas, ocultaciones y falta de amplia información en su negación”¹².

¹¹ Este tema fue analizado por CARDON, Rubén C. A. en “Estudios sobre Tribunales de Cuentas y de Control Público”, Salta, Imprenta de la Legislatura, 1996, página 257.

¹² QUIROGA LAVIÉ, Humberto en su actualización de “Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)” de GONZÁLEZ, Joaquín V., La Ley, 2001, página 716. MERTEHIKIAN, Eduardo, “Reflexiones acerca de la Administración Financiera y los sistemas de Control del Sector Público nacional”, Comentarios a “Ley de Administración Financiera y Control de Gestión. Normas de aplicación complementarias y de procedimientos”, 11ª edición, Buenos Aires, R.A.P. octubre 2005, páginas 22 a 29. Del mismo autor, “Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del sector público nacional”, en la obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Santiago MARIENHOFF

El artículo 119, segundo párrafo inciso f) de la Ley N° 24.156 dispone que deberá darse a publicidad todo el material que compone su memoria, con excepción de aquél que, por decisión de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, deba permanecer reservado.

Esta restricción a la publicidad de los actos fue introducida a instancias de la Cámara de Senadores durante el tratamiento del proyecto de ley y va en desmedro del derecho de la ciudadanía a conocer el manejo de los fondos públicos¹³.

No debe olvidarse que uno de los valores de nuestra reforma constitucional es la publicidad de los actos de gobierno, resultando evidente la relación existente entre publicidad de los actos y transparencia en la gestión.

Tampoco está previsto legalmente el destino que tendrán los actos que la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas considere reservados.

La publicidad de los actos es una práctica -sin basamento legal- que ha adoptado la Auditoría General de la Nación, razón por la cual sería deseable que se la consagre en forma expresa en la ley.

Obsérvese que la Ley N° 24.156 es más amplia al tratar el destino de los informes de los Síndicos Generales. En efecto, el artículo 107 dispone que la Sindicatura General de la Nación deberá informar: a) al Presidente de la Nación; b) a la Auditoría General de la Nación, y c) a la opinión pública en forma periódica.

¹³ “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, 1998, páginas 419 a 430.

¹³ En ocasión de las Primeras Jornadas sobre el Control Público en la República Argentina, realizadas entre el 3 al 5 de diciembre de 2002, se elogiaron las atribuciones de la Contraloría de la República de Costa Rica en esta materia. En efecto, el artículo 29 de su ley Orgánica dispone: “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”.

Ley 7428 del 26 de agosto de 1994 y sus modificaciones, consultada en la página web de la Contraloría: < www.cgr.go.cr > [citada en 22/05/09].

X. De la labor de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas con los informes de Auditoría

Uno de los mayores problemas que se presentan en la actualidad es que los informes de la Auditoría General de la Nación dentro de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas no siguen un circuito determinado.

En la práctica, que no todos los temas que somete a su consideración la Auditoría General de la Nación son tratados por la Comisión bicameral.

La falta de respuesta en tiempo oportuno a las observaciones vertidas en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación deslucen la actividad del organismo.

XI. La fuerza vinculante de los dictámenes

Los informes que emite la Auditoría General de la Nación no son vinculantes para el Congreso Nacional¹⁴, menos aún para los organismos auditados.

¿Cómo forzar entonces su cumplimiento?¹⁵

Los debates legislativos de las sucesivas leyes que rigieron en nuestro país sobre administración financiera dan cuenta de la estrictez en la apreciación de nuestros legisladores respecto de otorgar funciones que puedan resultar extrañas a nuestro sistema de división de poderes en los sucesivos órganos de control que se instituyeron en nuestra Nación.

¹⁴ IVANEGA, Miriam, "Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad", Depalma, 2003, página 87.

¹⁵ LERNER, Emilia Raquel, Organismos de control externo. Condiciones para las auditorías de gestión. Condiciones para las Auditorías de gestión. Un análisis comparado entre E.E.U.U. y Argentina, Revista de la Asociación Argentina de Presupuesto N° 40. -octubre 2005- Publicada en la web en •www.asap.org.ar• en el link publicaciones (revistas), [citada el 25/07/06], página 26.

En nuestro medio, dotar de estas funciones a la Auditoría General de la Nación, por estar en la órbita del Poder Legislativo podría entenderse como violatoria al principio de división de poderes. Resulta imperioso revisar estos criterios y observar las herramientas elaboradas en otros países para las Entidades Fiscalizadoras Superiores.

Las recomendaciones que realiza la Auditoría General de la Nación son un valioso aporte para el mejoramiento de la gestión del Estado que debe ser atendida por los auditados en beneficio del conjunto de la sociedad. De otro modo, la labor de nuestro órgano de control nacional caería en saco roto.

El tema planteado es de difícil solución. Miriam Ivanega sustenta la obligatoriedad de los dictámenes en la existencia misma del Estado de Derecho¹⁶.

Emilia Lerner aconseja que el Congreso Nacional establezca algún sistema de premios o castigos en la asignación presupuestaria, en función de los esfuerzos de los organismos en mejorar su gestión. En apoyo a su propuesta señala la ex Auditora General de la Nación que en Estados Unidos no se aprueban ampliaciones presupuestarias de las agencias sin un informe de gestión de la Government Accountability Office (GAO)¹⁷.

¹⁶ En ocasión de las "Primeras Jornadas sobre organismos de control frente al crimen económico y la corrupción" organizadas por CIPCIE, CIPPEC -Centro de implementación de Políticas Públicas para la equidad y el crecimiento- y ACIJ -Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia-, el Auditor General de la Nación, Dr. Horacio PERNASETTI, expuso sobre las grandes dificultades que tienen para obtener información que les ayude para el ejercicio de sus funciones (Jornadas desarrolladas el 6 de junio de 2006 en la Cámara de diputados de la Nación).

Por su parte, Leandro DESPOUY, Presidente actual de la Auditoría General de la Nación, también se ha manifestado acerca de las dificultades que tiene la Auditoría General de la Nación para obtener información de la Administración Federal de Ingresos Públicos y del Banco Central de la República Argentina por el secreto fiscal y bancario (DESPOUY, Leandro, "No tenemos una cultura de control", en línea, •www.agn.gov.ar• en el link "opiniones del presidente", [citado el 13/07/06]).

¹⁷ Al respecto, ver "Auditoría General de la Nación c/EN-M de Planificación ST s/ amparo por mora", y Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 4, sentencia del 17 de diciembre de 2010 en "AGN c/ EN -SIGEN (dto. 1172/03) s/ amparo por mora" y con posterioridad, Cámara Federal de Apelaciones del Fuero Contencioso Administrativo Federal, Sala I, sentencia del 12 de abril de 2011.

XII. Colaboración de los organismos auditados con la documentación necesaria para el cumplimiento de sus tareas

Si bien el artículo 119 inciso b) de la Ley N° 24.156 dispone que la Auditoría General de la Nación puede exigir la colaboración de todas las entidades del sector público que están obligadas a suministrar datos, no se ha previsto ninguna consecuencia normativa en el supuesto de que el organismo no colabore con el órgano de control.

La realidad da muestras de las dificultades que tiene el organismo de control externo del presupuesto para lograr la colaboración de los distintos organismos a los que alcanza su función¹⁸.

Esta debilidad en el diseño normativo motivó que la AGN tuviera que recurrir, en algunos casos, a la Justicia, a fin de concretar la colaboración de los órganos remisos a suministrarla.¹⁹

¹⁸ QUERALT, Juan Martín, LOZANO SERRANO, Carmelo, CASADO OLLERO, Gabriel y TEJERIZO, LOPEZ José M., "Curso de Derecho Financiero y Tributario", 8ª edición revisada y puesta al día, Madrid, Tecnos, 1997, página 774/775. En este sentido, también LOZANO MIRALLES, Jorge, "Configuración e independencia de los órganos de control externo. Un análisis comparado", op.cit., páginas 47/56.

¹⁹ Esta norma ha caído en desuso debido a que luego de la consagración de la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, declarada por el artículo 129 de la Constitución nacional y de la sanción de de la Constitución de la Ciudad Autónoma, se puso en funcionamiento la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por esta razón tampoco es aplicable el párrafo del artículo 118 de la Ley N° 24.156 que dispone que el Congreso de la Nación, por decisión de sus dos cámaras, delega su competencia de control sobre la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en los organismos que fueran creados por ella. Al respecto, cabe aclarar que la Auditoría General de la Nación ejerció el control de las cuentas públicas de la Ciudad hasta la puesta en funcionamiento, en el ámbito local, de un organismo que ejerciera tal función.

XIII. Ámbito en el que se despliega el control

Existen dos maneras de diseñar normativamente el ámbito en que se extenderán las funciones de control, a saber: objetivo o subjetivo.

En el objetivo, la norma persigue el control donde se hayan aplicado fondos públicos, sin importar si el organismo o entidad a controlar pertenezca o no al sector público, mientras que cuando la norma traza un diseño subjetivo del ámbito de aplicación, enumerando los organismos y entidades alcanzados por la función de control, está sugiriendo que el control alcanzará a los sujetos mencionados que intervengan en el manejo de los fondos públicos²⁰.

La aplicación del criterio subjetivo supone la elaboración por parte del legislador de un catálogo de órganos y entidades que serán objeto del control, pero se corre el riesgo de que la enumeración que haga la norma sea incompleta y queden sectores sin fiscalizar.

El artículo 117 de la Ley N° 24.156 establece que el control alcanza a la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires²¹ y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

A renglón seguido excluye a los funcionarios a los que hacía referencia el entonces artículo 45 de la Constitución Nacional, actualmente modificado por la reforma parcial al texto fundamental en el año 1994.

En cumplimiento del mandato republicano, la ley es cauta al describir cómo se extiende el control al Poder Judicial de la Nación; para hacerlo posible se celebraron convenios entre la Auditoría General de la Nación y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se establecieron las condiciones de fiscalización²².

²⁰ IVANEGA, Miriam, "Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad", op.cit., página 167.

²¹ Cabe advertir que en estos últimos supuestos la Auditoría General de la Nación necesita una autorización previa del Congreso Nacional para extender el control.

²² Como una primera aproximación se puede decir que el concepto "sector público" abarca a los

Demás está decir que el control abarca al Congreso Nacional; aquí funciona como una especie de control interno por la ubicación que tiene la Auditoría General de la Nación.

Si bien el diseño que presenta la Ley N° 24.156 puede ser calificado de subjetivo –en tanto el artículo 117 menciona los destinatarios del control– el artículo 120, al extender su alcance a entidades públicas no estatales, a privados y finalmente a todo ente que perciba, gaste, o administre fondos públicos en virtud de una norma legal o con una finalidad pública, barre con el criterio subjetivo y lo torna objetivo²³.

La idea que debe primar es que el control llegue allí donde llega el dinero público. La concepción es que el control sigue al gasto. De allí que se prefiera el criterio objetivo.

Por su parte, el artículo 85 de la Constitución Nacional adhiere al criterio subjetivo al prever en su primer párrafo que el control se extiende al sector público nacional²⁴.

tres órganos de Poder del Estado, como así también al Ministerio Público de la Nación expresamente configurado como un órgano extrapoder desde la Constitución nacional.

A su vez, la denominación “sector público” abarca al sector público financiero o no financiero; ello en razón de que no corresponde hacer distinciones cuando la norma no lo ha hecho. Sin embargo, se debe tener presente que las entidades financieras oficiales cuentan con sus controles específicos, que no debieran impedir la acción de la Auditoría General de la Nación en lo que respecta al control de los fondos públicos.

Dentro del sector público no financiero, un caso especial lo constituyen las empresas y sociedades con participación estatal (SCHAFRIK, Fabiana, “La Auditoría General de la Nación y el control externo del presupuesto al fin del milenio”, “El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas”, obra coordinada por los Doctores Germán José BIDART CAMPOS y Andrés GIL DOMÍNGUEZ, Ediar, 2000, páginas 206/208).

23 “Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo”, Ad–hoc, 1999, página 21.

Cabe señalar que los criterios generales para la descripción de la Administración pública serían el objetivo o material y el subjetivo u orgánico.

La aplicación del primer criterio para circunscribirla estaría indicando que cualquier órgano que lleve a cabo funciones materialmente administrativas sería considerado “Administración”; de ello se desprende que esta noción no solamente abarca a los entes u organismos del Poder Ejecutivo Nacional, sino también a los demás órganos de poder del Estado, en tanto su actividad cumpla tal finalidad. Queda excluida la actividad legislativa o jurisdiccional que los órganos puedan realizar.

En tanto que, si se entendiera a la Administración pública en un sentido subjetivo, solo se abarcaría toda o la mayor parte de la actividad que realiza el Poder Ejecutivo y los órganos y sujetos que actúan en su esfera (SCHAFRIK, Fabiana, “La Auditoría General de la Nación y el control externo del presupuesto al fin del milenio”, op.cit., páginas 206/208).

24 AHUMADA, Guillermo, “Tratado de Finanzas Públicas”, Tomo I, 4ª edición, Plus Ultra, 1969, páginas 477/478.

El segundo párrafo del artículo 85 de la Ley Fundamental refiere: “el examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación” (el destacado no está en el original).

La expresa mención que la norma hace de la “administración pública” obliga a desentrañar su contenido. La dificultad de ello es percibida por Carlos Manuel Grecco y Guillermo Muñoz que, en cita de Forsthoff, decían: “la administración se deja describir pero no definir”²⁵.

La letra de la norma constitucional pareció entrar en conflicto con la cláusula del artículo 117 de la Ley N° 24.156 en tanto que esta última extendía el control a los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización en lo que respecta a las obligaciones emergentes de los propios contratos. Ello en atención a que no cabe duda de que estos entes no forman parte del sector público nacional.

Una situación similar se produjo respecto al control de otros entes que reciben ayuda económica del Estado Nacional pero no conforman el sector público nacional, tal como los entes públicos no estatales o las entidades privadas que reciben subsidios del estado (artículo 120 de la Ley N° 24.156).

La solución se encuentra en el último párrafo del artículo 85 de la Ley Fundamental al señalar que el organismo de control externo tendrá “las demás funciones que la ley le otorgue”. Sin perjuicio de la inferencia que el espíritu republicano llama a hacer, sería deseable que la norma complementaria clarifique estos aspectos.

25 Palabras de Leandro DESPOUY a modo de síntesis de las Jornadas sobre El Control Público en la República Argentina, organizadas por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de las Administraciones Nacional y la Auditoría General de la Nación. Auspiciada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Buenos Aires 3, 4 y 5 de diciembre de 2002 en el Congreso de la Nación, en línea, •www.Auditoría General de la Nación.gov.ar• en el link opiniones del presidente. [citado el 14/07/06]. V. “El control público en la Argentina. Jornadas 2002”, Buenos Aires, 2003, página 14.

XIV. Momento en que se despliega el control presupuestario

Ahumada afirmaba: “El control previo, cuando él está rodeado de las garantías necesarias frente a la autoridad ejecutiva que realiza el gasto, ofrece ventajas evidentes, pero excepcionalmente los Estados recurren a él, por la repugnancia política de someter las decisiones gubernamentales a organismos técnicos que pueden observar un gasto con fuerza suspensiva hasta que el Parlamento decida en última instancia la legalidad del mismo. Constitucionalmente muchas veces esto también se hace difícil, porque implicaría organizar, por sobre la autoridad política suprema, un organismo de fuerza superior que tendría facultades para enervar la acción de la autoridad ejecutiva”²⁶.

La frase transcripta ilustra la disyuntiva de la elección del momento en que se realizará el control.

La Ley de Contabilidad eligió el control previo como momento de realizar la actividad de control a cargo del ex - Tribunal de Cuentas de la Nación.

Los debates parlamentarios de la ley 24.156 y las posiciones doctrinarias dan cuenta de las críticas desplegadas en torno a la intervención previa del Tribunal de Cuentas.

Entre las críticas a la intervención previa se ha dicho: que implica una suerte de co-gestión del órgano de control en los actos del gobierno; que se demora la marcha de la gestión del poder administrador; que es un modelo de control obsoleto; y que veda al órgano de control que intervino previamente de verificar posteriormente cualquier irregularidad, puesto que su intervención previa lo convertía en una suerte de cómplice de aquella.

La Ley N° 24.156 ha elegido como momento en que la Auditoría General de la Nación desarrollará su actividad de control, el posterior.

²⁶ ABERASTURY, Pedro, *El control de legalidad en el anteproyecto de ley de administración financiera y control de gestión del sector público nacional*, La Ley, T. 1991-D, Sección Doctrina, páginas 1278 a 1283 (la cita se extrajo de la página 1281).

Esta elección -que en oportunidad de su consagración legislativa se consideró acorde a los tiempos modernos- también ha sido criticada últimamente. Se ha llegado a señalar que la Auditoría General de la Nación tiene que auditar “en tiempo real”, se dijo que “los informes de auditoría envejecían antes de ser tomados en cuenta” y que la tarea de los auditores no debería ser una “autopsia”²⁷.

Por su parte, Pedro Aberastury señaló: “...si bien es importante el control ex post facto de los órganos de gobierno, éste siempre se transformará en tardío y jamás se podrá paralizar o enervar un acto ilegítimo que genere un perjuicio al Estado Nacional. Es evidente que el control posterior con amplias facultades, si bien es útil, deviene tardío precisamente por falta de control interno...”²⁸.

Como se puede observar, todo mecanismo de control tiene sus ventajas y sus desventajas y no existe un modelo de contralor que garantice el éxito.

No se debe olvidar que durante el tratamiento de la incorporación del órgano de control en la Constitución Nacional se previó como posibilidad que la ley complementaria de la reforma contemplara el control previo para situaciones de gran trascendencia, ya sea por su magnitud económica o por su impacto social²⁹.

De la experiencia del desarrollo del control puede avizorarse que, sin perjuicio de las bondades de la intervención posterior del organismo, sería conveniente introducir un control previo en actos de gran relevancia económica³⁰.

²⁷ BAUM, Daniel, 21ª Reunión – 3ª Sesión ordinaria (continuación), del 1º de agosto de 1994: tratamiento por la Comisión de Redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas, “Diario de Sesiones de la Convención Constituyente”, páginas 2578/2581 • <http://infoleg.mecon.gov.ar> [citado en 23/08/06].

²⁸ Hubo un proyecto legislativo sobre el tema, ahora caduco. Se trató del Expediente 0659-D-2006, T.P. 11, proyecto de las Diputadas RODRÍGUEZ, Marcela y CARRIÓ, Elisa María Avelina.

²⁹ Decreto PEN N° 1957/92.

³⁰ En efecto, este artículo prevé: “La cuenta de inversión ...contendrá como mínimo: a) Los estados de ejecución del presupuesto de la administración nacional, a la fecha de cierre del ejercicio; b) Los estados que muestren los movimientos y situación del Tesoro de la administración central; c) El estado actualizado de la deuda pública interna, externa, directa e indirecta; d) Los estados contable-financieros de la administración central; e) Un informe que presente la gestión financiera consolidada del sector público durante el ejercicio y muestre los respectivos resultados operativos económicos y financieros. La cuenta de inversión contendrá además comentarios sobre: a) El grado de cumplimiento de los

De otorgársele esta atribución a la Auditoría General de la Nación se debería cuidar de que ella no entorpezca la marcha de la Administración para no caer en las viejas críticas que otrora se le hacían al Tribunal de Cuentas como el fijar un monto determinado a partir del cual se le dé intervención. Sin embargo, la autoridad legislativa debe estar atenta a que por el transcurso del tiempo el monto no se torne poco significativo, de lo contrario el control previo se generalizaría, desvirtuándose el fin de la intervención previa.

Además, se podría fijar un plazo breve para que la Auditoría General de la Nación tome conocimiento del acto o contrato y emita su dictamen. Sería conveniente conjugar esta facultad con la de “observación e insistencia” en la ejecución del acto o contrato bajo la exclusiva responsabilidad del Poder Administrador.

Esta función no debe nunca implicar una renuncia al control posterior del acto.

En líneas generales, no existe óbice constitucional para que los órganos de control desplieguen su actuación en forma previa, concomitante o posterior.

XV. Alcance del control

El artículo 117 de la Ley N° 24.156 dispone que es materia de su competencia el control de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal, así como el dictamen sobre los estados contables financieros.

La norma, al momento de su sanción, abarcaba también al control de gestión, pero esta parte fue observada por el Poder Ejecutivo nacional³¹.

objetivos y metas previstos en el presupuesto; b) El comportamiento de los costos y de los indicadores de eficiencia de la producción pública; c) La gestión financiera del sector público nacional”.

31 Oscar Santiago LAMBERTO ha dicho al respecto: “...la acumulación de cuentas sin tratar que se ha producido en nuestro país, expresa la poca relevancia que se le asigna a este tema en importantes sectores, por esa dicotomía crónica en nuestras costumbres de valorar lo público distinto de lo privado. Comprobamos que en la vida cotidiana se rinden cuentas todos los días, cuando se administran fondos, o se presentan balances de la gestión empresaria y hasta en el club del barrio se informa a los socios cuanto se recaudó y qué se hizo con la plata, pero en general cuando ese mismo proceso ocurre en el Estado el desinterés es notorio a veces por ignorancia y otras por conveniencia”, en ocasión de las Jornadas sobre Cuenta de Inversión desarrolladas entre los días 16 y 17 de septiembre de 2004 en sede del Congreso de la Nación, coordinadas por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas

Posteriormente, el artículo 85 de la Constitución Nacional introdujo nuevamente el control de gestión; razón por la cual sería conveniente que se dejara aclarado, en la ley complementaria a esta reforma, que este tipo de control se encuentra expresamente previsto.

XVI. Su intervención necesaria en el dictamen de la Cuenta de inversión

El artículo 75 inciso 8 de la Constitución Nacional fija entre las atribuciones del Congreso Nacional “aprobar o desechar la cuenta de inversión”; en tanto que el artículo 85 del texto fundamental establece que la Auditoría General de la Nación “intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos”.

Se trata del control último que describe el artículo 95 de la Ley N° 24.156³² al que se puede denominar como el cierre del ciclo presupuestario.

No obstante, a lo largo del tiempo pueden observarse reiterados incumplimientos en el tratamiento de las cuentas de inversión³³.

El referido artículo 95 de la ley dispone que la cuenta de inversión debe ser presentada anualmente al Congreso Nacional antes del 30 de junio del año siguiente al que corresponda tal documento.

Por su parte, el artículo 5° de la Ley N° 23.847 prevé que la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas deberá presentar a ambas Cámaras, antes del 1° de mayo de cada año, un dictamen del estudio realizado sobre

y la Agencia Española de Cooperación Internacional y publicadas por Dunken, Buenos Aires, 2005. Una parte del problema la describe Leandro DESPOUY, en los siguientes términos: “...la cuenta de inversión de 2002, en vez de entregarse a la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN al poco tiempo de recibida por la CPMRCA, ingresó formalmente el 27 de febrero de 2004, vale decir, con siete meses y medio de retraso y dos meses antes que la CPMRCA debiera elevar su dictamen para el tratamiento en el Congreso (...) a la luz de lo examinado resulta evidente que este crónico retraso no solo viola el principio de oportunidad sino que también impide que el control cumpla con su función esencial y, al mismo tiempo, sirva al proceso de retroalimentación que requiere la elaboración del nuevo presupuesto” (Ibidem página 207).

32 DESPOUY, Leandro, El control de la cuenta de inversión. Papel de la AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en obra de Jornadas “La cuenta de inversión”, ibidem, páginas 206 y ss.

33 Ibidem página 209.

la cuenta general presentada por el Poder Ejecutivo, correspondiente al penúltimo ejercicio. Debe informar dentro de igual plazo las razones que le hayan impedido cumplir con ese objetivo.

Es decir que la Auditoría General de la Nación y la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas tienen un plazo de diez meses para emitir dictamen sobre la cuenta general del ejercicio³⁴.

Al contemplar la Ley Fundamental de la Nación la intervención necesaria de la Auditoría General de la Nación, el acto de tratamiento de la cuenta no estaría completo si no se le diera participación al órgano de control externo del presupuesto.

Razón que lleva a reflexionar sobre la necesidad de replantearse los plazos y el procedimiento de los artículos reseñados, y establecer normativamente la remisión de la cuenta a la Auditoría General de la Nación y el tiempo en que este órgano de control debe remitir su dictamen a la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas para que emita su dictamen.

Es oportuno recordar las palabras de Despouy para cerrar este tema cuando señala: "...un esfuerzo conjunto del Ejecutivo, el Congreso y la Auditoría General de la Nación podría evitar que los trabajos de 'rendición, control, y aprobación' de la Cuenta sean percibidos por la sociedad como desactualizados o propios de un libro de historia"³⁵.

XVII. Sobre el modo en que se completa el circuito del control

Néstor Pedro Sagüés expresa: "...hay dos razones técnicas que coadyuvan a sostener la idea del control: una es el control para el equilibrio...La otra justificación, es la del control para la responsabilidad..."³⁶.

³⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Aproximaciones a una teoría del control parlamentario sobre el Poder Ejecutivo", E.D. 143-1991, páginas 881/889, en especial, la página 884.

³⁵ HUTCHINSON, Tomás, La cuenta de inversión y el control luego de la ley 24.156, en obra de Jornadas "La cuenta de inversión, op.cit., páginas 93/114, en especial páginas 112/113.

³⁶ "En busca del control perdido III", investigación realizada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), agosto de 2008.

Tomás Hutchinson por su parte señala "...el control no es un control en abstracto; el control se ejerce en busca de lograr la responsabilidad. Hay una ecuación que se forma con dos términos: control más responsabilidad, o control seguido de responsabilidad. Si control es para verificar si ha habido responsabilidad y si la ha habido hay un responsable que debe castigarse"³⁷.

Tal como he adelantado, el modelo de control que introdujo la Auditoría General de la Nación supuso escindir la auditoría gubernamental del examen de responsabilidad.

En este orden de ideas serán los órganos llamados a examinar, si las conductas de los controlados se encuadran en alguno de los tipos de responsabilidad que conocemos, quienes deberán actuar.

Si cada uno de los organismos involucrados no actúa una vez detectada la presunta irregularidad, la labor de la auditoría se desvanece y se desmerece.

En la actualidad, se observa la falta de coordinación de los distintos actores al momento de evaluar la responsabilidad ante la carencia de una normativa y la suscripción de convenios que coadyuvan a aunar esfuerzos³⁸. La duplicidad de esfuerzos desperdigados en diferentes áreas gubernativas no ayuda a una maduración y mejoramiento del circuito de control.

Resta señalar que la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional contiene dos artículos referidos a la temática de la responsabilidad. El artículo 130 sienta como principio que toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación responderá por los daños económicos que por su dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones sufran los entes, siempre que no se encontraren comprendidos en regímenes especiales de responsabilidad patrimonial.

³⁷ Este plazo era acorde a los plazos más extensos de prescripción que contenía el anterior Código de fondo.

³⁸ En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el artículo 135 de la Constitución local otorga legitimación procesal activa al organismo. Para entender en las causas que entable la Auditoría General de la Ciudad otorgó competencia exclusiva y originaria al Tribunal Superior de Justicia local (artículo 113 inciso 1° de su Constitución). Por su parte, se observa que el artículo 169 de la Constitución de la Provincia de Salta también otorga al organismo legitimación para comparecer en juicio por sí misma y en representación del Estado en los casos en que se detecte, en virtud de las funciones atribuidas por la Constitución y las leyes, posible daño patrimonial al Fisco.

Por su parte, el artículo 131 señala en forma genérica que la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial está sujeta a los plazos de prescripción del en ese momento vigente Código Civil de la Nación, actual Código Civil y Comercial de la Nación.

El Decreto N° 1344 del 4 de octubre de 2007, reglamentario de la Ley N° 24.156, en la reglamentación al artículo 130 clarifica un circuito para hacer valer la responsabilidad en sede de la administración pública nacional, a la vez que en el artículo siguiente dispone que el plazo de prescripción es de diez años.

XVIII. Legitimación activa para accionar

Otra opción para que cierre el circuito de control consiste en dotar de legitimación procesal activa para accionar a la Auditoría General de la Nación. Si bien la Ley N° 24.156 no prevé tal atribución, cabe recordar que, durante el tratamiento del proyecto de ley, se discutió otorgarle tal facultad al órgano de control externo.

En el dictamen por la mayoría elaborado por la Comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados de la Nación, en ocasión del inicio del tratamiento del proyecto de ley de administración financiera, se contempló en el artículo 121 inciso j) como función de la Auditoría General de la Nación la de “promover las investigaciones y acciones judiciales de contenido patrimonial en los casos que corresponda” y más adelante la de “denunciar ante el Poder Judicial, los presuntos hechos ilícitos que, pudiendo constituir delito se detectaren durante el proceso de auditoría” (artículo 122 inciso f).

Ello tuvo como antecedente el proyecto de ley que presentara el Poder Ejecutivo Nacional, que sobre el particular establecía en el artículo 122 inciso b’) como deber de la Contraloría General: “denunciar fundamentalmente, ante la justicia, los hechos y actos presuntamente ilícitos o irregulares que afecten al patrimonio nacional, de los que tuviere conocimiento en el desempeño de sus funciones”.

En el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación se mantuvo esta atribución, que desapareció en el dictamen elaborado por las Comisiones de Presupuesto y Hacienda y de Asuntos Administrativos y Municipales de la Cámara de Senadores de la Nación.

La Auditoría General de la Nación tiene como principal herramienta de su actividad de control a la auditoría gubernamental; a través de ella vigila la correcta aplicación de los fondos públicos. En el cumplimiento de esta labor los auditores pueden detectar irregularidades que deben ser sometidas a conocimiento de la justicia penal para detectar la posible comisión de un delito.

Nuestro sistema institucional tiene una primera respuesta para ello: el deber que pesa sobre todo funcionario público de denunciar penalmente todo ilícito del que tome conocimiento en ejercicio de sus funciones (artículo 177 del Código Procesal Penal de la Nación).

La función de auditoría expone a quienes auditan -en mayor medida que a otros funcionarios- a tomar conocimiento de hechos que podrían constituir ilícitos penales.

No basta con la obligación de denunciar que pesa sobre todo funcionario público -que por el ejercicio de sus funciones tome conocimiento de la posible comisión de un hecho ilícito de la que nos habla el código de forma en materia penal, sino que se requiere de la puesta en funcionamiento de mecanismos institucionales idóneos para poner en conocimiento de la justicia tales circunstancias.

XIX. Conclusiones

A lo largo de estas páginas se ha intentado plasmar las características más salientes de la Auditoría General de la Nación. También se ha querido evidenciar el cambio radical que implicó su puesta en funcionamiento en un país con tradición en Tribunales de Cuentas y la diferente conceptualización del control en uno y otro modelo.

Se ha analizado el instituto en la Constitución y la Ley N° 24.156, para, desde esta plataforma, proponer algunos cambios normativos que fortalezcan al organismo.

Esta reflexión parte del tiempo transcurrido desde su puesta en funcionamiento y la falta de inquietud legislativa sobre la sanción de una ley modificatoria de la Ley N° 24.156 que complemente el artículo 85 de la Constitución nacional de un modo orgánico.



Consultas relevantes
**Potestad
Consultiva**

¿Un Gobierno Local, por medio de un convenio, puede transferir aportes a asociaciones o clubes de fútbol de primera división?

La municipalidad podría “hacer donaciones” a las asociaciones deportivas y como parte de ellas “girarles recursos” con cargo a su propio presupuesto, pero no por la vía del presupuesto del comité cantonal de deportes y recreación. Por su parte, el Comité no cuenta con una norma jurídica que lo habilite para disponer de sus recursos para esos efectos. En consideración de que estas asociaciones deportivas o clubes de fútbol son entidades de naturaleza privada, la Municipalidad previo a girar los recursos debe verificar si pueden ser clasificadas como sujetos privados idóneos para administrar fondos públicos y aplicarle la normativa pertinente.

Oficio 4760 (DFOE-DL-0328) 27 de abril, 2017.

¿Una municipalidad puede disponer los recursos de la Ley 8114 como garantía de pago de un préstamo para desarrollar proyectos en la red vial cantonal?

La autonomía municipal posibilita que un Gobierno Municipal, bajo su propia responsabilidad, solicite un préstamo para llevar a cabo proyectos relacionados con la red vial cantonal y suministrar en garantía del pago de los intereses y la amortización, los recursos provenientes del impuesto único a los combustibles, pero para ello, debe considerar, al menos: garantizar el rodaje sobre la red vial cantonal y el libre tránsito de la población del cantón, cumplir con la planificación, analizar la capacidad de ejecución de esos recursos, determinar el porcentaje disponible para el endeudamiento, ya que no es viable legalmente que se utilice el total del monto, analizar los riesgos que deberá o no asumir, de conformidad con el resultado de los estudios y el análisis que conlleva cada proyecto, elaborar estrategias para monitorear y evaluar periódicamente las acciones y planes a su cargo y ejercer una estricta vigilancia sobre el comportamiento de los ingresos y egresos municipales.

Oficio 7341 (DFOE-DL-0514) 28 de junio del 2017

Alcance de la excepción para ejercer cargos de docencia en el caso de un auditor interno

Ante la consulta de un auditor interno acerca de si puede laborar como miembro ad-honorem en la comisión de docencia de la Escuela de Administración de Negocios, la CGR indicó que la excepción de la docencia se sustenta en la naturaleza de su prestación, es decir, en la transmisión del conocimiento, y engloba aquellas tareas de orden académico asociadas a la función docente, respecto de la cual deben guardar un vínculo directo y se determina que le corresponde a cada Administración analizar y determinar la naturaleza de las actividades que desarrollen sus funcionarios a efectos de aplicar la excepción de docencia en el ejercicio liberal de la profesión.

Oficio 7008 (DFOE-EC-0398) 20 de junio, 2017.

Auditoría interna debe considerar las regulaciones institucionales, de previo a promover procesos de capacitación en sus funcionarios.

De conformidad con el artículo 24 de la Ley General de Control Interno, N° 8292 (LGCI), a la administración le corresponde establecer políticas y prácticas para la gestión del recurso humano del que dispone la institución, las cuales son aplicables a los funcionarios de la auditoría interna. La observancia de las regulaciones administrativas por parte de los funcionarios de auditoría -en el tanto no afecten la independencia funcional y de criterio del auditor y el subauditor- responde a la intención de observar y cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico aplicable en la institución, deber ineludible de tales funcionarios, de conformidad con el artículo 32 inciso b) de la LGCI. Por ello, existe un deber de los funcionarios de la auditoría, aspirantes a procesos de capacitación; de adecuarse a las regulaciones de tipo administrativo que la administración activa establezca para dichos efectos.

Oficio No. 9097-2017 (DFOE-PG-0367) 9 de agosto, 2017.

¿Puede la auditoría interna ser el tercero independiente que revise la liquidación presupuestaria?

La CGR emitió un criterio en el que indica que desde una óptica general, en principio es improcedente que un auditor interno tenga la obligación de revisar la liquidación presupuestaria, pues se reitera la importancia de la naturaleza con la que debe ejercerse el trabajo de la auditoría interna, el cual debe ser objetivo y libre de influencias, sobre todo considerando que su función es esencialmente posterior a la acción administrativa. Este criterio se emitió en atención a lo establecido en el numeral 4.3.17 de las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, como respuesta al Tribunal Registral Administrativo, entidad que consultó la viabilidad de que la auditoría interna sea el tercero independiente que revise la liquidación presupuestaria de dicha institución.

Oficio No. 7645 (DFOE-PG-0301) 05 de julio, 2017.

Asociación deportiva privada que administra instalaciones, equipo y mobiliario del municipio debe ejercer funciones de control

Existen en la LOCGR al menos dos formas en que las organizaciones privadas pueden participar en la utilización fondos públicos, la que está regulada en el artículo 4 inciso b), en donde aquellas entidades son custodias y administradoras de patrimonio público, y la que está regulada en los artículos 5, 6 y 7, en donde los fondos públicos son transferidos al patrimonio privado de esa organización para la atención de un fin público. En el primer caso, el régimen de control es aquel que se ejerce sobre los fondos públicos y en el segundo, al tratarse de un patrimonio privado, el control se concentra en la verificación del cumplimiento del fin para el cual fueron transferidos fondos públicos a la organización privada. El régimen de control aplicable a la Asociación Deportiva Administradora que custodia y administra instalaciones, equipo y mobiliario de la Municipalidad de Heredia, es el establecido en el artículo 4 inciso b) de la LOCGR, ya que de conformidad con la Ley N.º 7450, la asociación se presenta como un sujeto privado que administra y custodia fondos públicos.

Oficio No. 8218 (DFOE-DL-0579) 18 de julio, 2017

Personas físicas a cargo de organizaciones privadas que administran fondos públicos son servidores de la hacienda pública

Las personas físicas que se encuentran al mando de una organización privada que administre fondos públicos o que brindan un servicio público son servidores de la hacienda pública, en razón de las funciones que ejercen, al recibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir bajo cualquier título, fondos y actividades públicas, pues al igual que un servidor público, asumen el deber de cumplir el fin asignado a los recursos que les son entregados, de evaluar sus resultados y de rendir cuentas, así como de responder por su conducta en caso de que se afecten los recursos que tienen en administración.

Oficio 1111 (DJ-0113) 27 de enero, 2017.



Contratación
Administrativa

CGR analiza dos posiciones diferentes de Sala Constitucional sobre la aplicación de la cláusula penal en materia de contratación administrativa.

La CGR analizó la posición emitida por la Sala Constitucional en dos criterios diferentes sobre la aplicación de la cláusula penal en materia de contratación administrativa, a efectos de determinar cuál de ellas es la que debería acatarse. Se determinó que lo procedente es aplicar lo dispuesto en la resolución N° 006630-2013, en razón de que lo dicho en esa sentencia ha sido criterio reiterado en dos resoluciones más, las cuales se emitieron en fecha posterior a la resolución N° 006057-2015, de ahí que podría interpretarse que ya existe una línea jurisprudencial en ese sentido.

Ver resolución N° R-DCA-0318-2017. Recurso de objeción

CGR tiene competencia para conocer recursos administrativos de concursos cuyos fondos provengan de empréstitos

La CGR analizó su competencia para conocer los recursos de objeción que se promuevan con fondos provenientes de empréstitos. En el caso concreto, se analizó lo dispuesto por la Ley No. 9283, mediante la cual se aprobaron los contratos de préstamo N° 3071/ OC-CR y N° 3072/CH-CR, suscritos con el Banco Interamericano de Desarrollo, para el financiamiento del Programa de Infraestructura de Transporte (PIT), concluyendo que sí le asiste conocer recursos de objeción al cartel y apelación cuando los concursos se promueven con fondos provenientes de empréstitos.

Resolución R-DCA-0320-2017

Las adendas solamente se refrendan en los casos en que la Ley así lo haya dispuesto

En un caso de modificación realizado a un contrato de fideicomiso, la CGR determinó que no le corresponde otorgar el refrendo correspondiente, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el cual fue reformado en diciembre pasado. No obstante, la Administración debe observar, en razón de la modificación, lo dispuesto en el artículo 12 de la LCA y 208 del RLCA.

Oficio 06145-2017. Refrendo.
Criterio relevante

El concepto de “proyecto” no es equivalente al de “obra educativa”

El artículo 17 del Reglamento para la Contratación de Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos hace referencia a un concepto de proyecto que no se ha demostrado resulte equivalente al de construcción de infraestructura educativa. No se aprecia un razonamiento técnico para llevar a la conclusión de que el concepto de proyecto y todas las actividades que éste supone sean equivalentes al de obra educativa en los términos que regula el numeral 145 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se reitera la concepción de los servicios de consultoría como preparatorios a la obra.

Resolución R-DCA-0316-2017. Recurso de Apelación. Criterio Relevante

La certificación de estar al día con las obligaciones de la CCSS ahora se solicitan a través del SICERE

La Caja Costarricense del Seguro Social, ya no emite certificaciones en formato físico (papel) en la que se indique que determinada persona está al día con las obligaciones con aquella institución pública. Por lo anterior, ahora las consultas se hacen directamente en el SICERE con la indicación del código verificador que es una especie de numeración que es propia de cada consulta. Este nuevo procedimiento ya fue aplicado por la CGR en un caso en el que se pretendía la venta de un inmueble a un fondo de inversión, en el cual el INVU aportó un código verificador sobre la Sociedad Administradora de Fondos de Inversión del Banco Popular. Para la verificación del mismo, la CGR ingresó al sitio web de la Caja Costarricense de Seguro Social <http://www.ccss.sa.cr/>, /servicios en línea/ Patrono al día - Consulta de Morosidad, en donde se ingresó el número de cédula de la sociedad administradora de fondos de inversión del Banco Popular y se consultó dicho número de cédula. Posteriormente se ingresó a “validar documento digital” se ingresó el número de cédula jurídica la sociedad nuevamente, y el código verificador aportado por la Administración, ante lo cual la página de la CCSS automáticamente descargó un documento con extensión .pdf nombrado “PA1496162541220_3101271981”, en la que se observa la condición de la sociedad de mérito en cuanto a sus obligaciones con la CCSS, estando al día.

Oficio 7463 (DCA-1380) del 30 de junio de 2017.
Criterio novedoso

Fondos de inversión

La CGR emitió una resolución en el caso de fondos de inversión para instrumentalizar proyectos con fines públicos, y según lo indicado en el artículo tres de la Ley de Contratación Administrativa, deben aplicarse los principios de contratación administrativa en los procedimientos de compra que realice el fondo para el cumplimiento del fin público perseguido.

Oficio No. 02914-2017 (DCA-0538). Consulta

Oferentes deben prever modelo de sustitución de vacaciones en contratación de servicios de información a usuarios

En la resolución de un recurso de apelación, la CGR afirmó que los oferentes en un concurso -para la contratación de servicios de información y orientación para los usuarios- deben tener previsto el modelo de sustitución de vacaciones de su personal, con el objeto de que pueda verificarse el debido cumplimiento de los artículos 155 y 158 del Código de Trabajo y se garantice, tanto el descanso efectivo de los trabajadores, como la continuidad de la prestación del servicio requerido.

Resolución No. 0551-2017. Recurso de Apelación.
Criterio relevante

CGR advierte que dar cualquier ventaja al ganador de una licitación anterior es contrario al principio de igualdad.

La CGR determinó que a fin de “eliminar cualquier ventaja que pudiera presentarse a favor de algún contratista anterior, se deberá correr el sistema de evaluación únicamente sobre el precio de los equipos u otros extremos que todos los oferentes, independientemente de contrataciones anteriores, necesariamente deban brindar...” Este extracto corresponde a una resolución emitida por la CGR, en un caso en el que una administración pública había adquirido un equipo mediante una licitación del 2014 y ahora pretendía realizar de nuevo la contratación, dando una ventaja al ganador de la licitación anterior. Por lo tanto, se trató de equilibrar las condiciones de participación para no lesionar la igualdad entre oferentes

Resolución R-DCA-0356-2017. Recurso de Objeción. Criterio relevante



Resoluciones judiciales relevantes
Jurisprudencia

¿Puede una Administración Pública imponer una sanción por incumplimiento contractual sin necesidad de realizar un procedimiento administrativo?

En votación dividida, la Sala Constitucional rechazó el recurso de amparo interpuesto por un proveedor de la CGR al que le fue impuesta una sanción por incumplimiento de contrato sin acudir a un procedimiento administrativo. El alto Tribunal Constitucional verificó la existencia de una cláusula en el contrato que establecía una sanción por incumplimiento en el plazo de entrega de un equipo y señaló que por la naturaleza de la cláusula penal, esta es de aplicación automática, sin que sea necesaria la demostración de existencia de un daño. Asimismo, se argumentó que la discusión sobre supuestas causas ajenas al contratista, que ocasionaron el retraso, no pueden ser analizadas en un proceso como el amparo.

Resolución N° 2017008919 de la Sala Constitucional, expediente 17-004747- 0078-CO

Sala Constitucional confirma potestad sancionatoria de la CGR contra funcionarios municipales.

La Sala Constitucional declaró sin lugar un recurso de amparo presentado por un funcionario municipal, en el que alegó que por su condición de servidor público de un ayuntamiento solamente el Alcalde Municipal le podía sancionar, no así la CGR. Al respecto, la Sala estimó que no hubo violación alguna al derecho al debido proceso, en tanto el órgano contralor respetó los principios básicos del derecho constitucional al debido proceso y derecho de defensa. Valga resaltar que en esta resolución la Sala Constitucional reafirma la posición de que la CGR tiene potestad sancionadora no jerárquica en contra de funcionarios municipales, siempre que la sanción sea una recomendación vinculante precedida de un debido proceso.

Resolución N° 2017009600 de la Sala Constitucional, expediente 17-007317- 0007-CO.

Tribunal confirma que no hace falta demostrar daño para gestionar medida cautelar cuando un servidor público es despedido.

El Tribunal Contencioso Administrativo reiteró la línea jurisprudencial dominante en el sentido que el despido de un servidor público implica por sí mismo un daño grave, que puede deducirse de manera lógica en el caso de una persona que depende de su salario, lo que es prueba suficiente de daño para ordenar su reinstalación mientras se desarrolla el proceso judicial.

Resolución 1130-2017 de las 09:45 horas del 24 de mayo de 2017, expediente 17-000618-1027-CA.

Proceso de contratación administrativa continúa normalmente si se rechaza medida cautelar que pretendía suspenderlo.

En un proceso que pretendía -por segunda vez- la suspensión de una contratación administrativa llevada a cabo por el CONAVI, la autoridad judicial analizó que el rechazo que ya se había hecho de la solicitud cautelar tuvo como consecuencia la continuación normal del proceso de contratación y los nuevos actos administrativos, como la calificación de ofertas o resolución de recursos, no varían las circunstancias propias por las cuales fue denegada la primera solicitud de tutela cautelar.

Resolución 1173-2017 de las 12:10 horas del 28 de mayo de 2017, expediente 16-004452-1027-CA.

Se rechaza acumulación de procesos judiciales por no cumplirse con supuestos.

El Tribunal Contencioso Administrativo rechazó la tramitación conjunta de dos procesos judiciales. En uno de ellos, la CGR era demandante y solicitó que se ordene al Tribunal Supremo de Elecciones la ejecución de una sanción de suspensión del cargo de un funcionario de elección popular. En el otro, el funcionario sujeto de la recomendación de despido, demandó la nulidad del procedimiento administrativo. El Tribunal analizó ambos casos y concluyó que aunque intervienen los mismos sujetos, las pretensiones no son compatibles y tampoco hay identidad entre el objeto y la causa, aunque provengan de un mismo expediente administrativo.

[Resolución de las 15:56 horas del 17 de mayo de 2017, expediente 15- 007940-1027-CA.](#)

Tribunal Contencioso rechaza suspensión de sanción de inhabilitación ya que afectados habían renunciado voluntariamente a sus cargos

En un proceso de medida cautelar en el que se pretendía la suspensión de una inhabilitación para ejercer cargos de la Hacienda Pública dictada por la CGR, el juez a cargo rechazó la solicitud, en tanto no se demostró la existencia de un daño grave a los gestionantes, entre otros aspectos, ya que estos habían renunciado a sus puestos voluntariamente.

[Resolución 1372-2017 de las 10:30 horas del 19 de junio de 2017.](#)

¿Cuándo procede el acceso del denunciante al expediente administrativo?

La Sala Constitucional constató la violación a los derechos fundamentales de una persona que presentó un recurso de amparo contra la Municipalidad de San José, porque aun cuando es un denunciante cualificado (es decir, que se ve afectado por los hechos denunciados), solamente se le brindó acceso parcial al expediente administrativo, sin que se conozca el motivo. En ocasiones anteriores, la Sala ha señalado que el denunciante cualificado tiene un interés legítimo, de modo que debe reconocérsele como parte interesada en el procedimiento administrativo respectivo. Al tener tal condición, le asisten los derechos al debido proceso y la defensa, de modo que debe contar con la posibilidad efectiva de presentar alegatos, ofrecer prueba, participar en la producción de ésta y de recurrir cualquier resolución que se dicte. Adicionalmente, al tener la condición de parte interesada debe comunicársele cualquier acto de trámite o final, según las reglas del debido proceso. Además, al haber transcurrido un plazo de tres años y siete meses desde la presentación de la denuncia, sin que a la fecha se haya resuelto en definitiva, también se acreditó la lesión a su derecho a una justicia pronta y cumplida.

[Resolución No. 2017009591 de la Sala Constitucional, expediente 17-006987-0007-CO.](#)

TSE tiene obligación de valorar jurídicamente causas administrativas remitidas por CGR contra funcionarios de elección popular Esta resolución aún no está firme.

El Tribunal Contencioso Administrativo (TCA) indicó que cuando el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) recibe de la CGR una causa administrativa contra algún funcionario de elección popular, tiene la obligación de valorar, jurídicamente, los hechos investigados por el órgano contralor, porque lo que le es vinculante es su "opinión técnica", no su opinión "jurídica" sobre esos hechos, asunto que corresponde solamente a esa autoridad electoral, al tratarse de la recomendación de cancelación de credenciales de funcionarios de elección popular. El TCA señala que del artículo 72 de la Ley Orgánica de la CGR se desprende la potestad que tiene el órgano contralor, de dictar, por sí y ante sí, sin perjuicio de otras sanciones previstas por ley, la imposición de la sanción de prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la hacienda pública por un plazo comprendido entre dos y ocho años. Así, dicho Tribunal aclara que una cosa es la potestad de recomendación de cancelación de credenciales de la CGR y consecuente potestad del TSE, para pronunciarse al respecto; y otra, distinta, la potestad de la CGR de dictar e imponer la prohibición de ingreso o reingreso a cargos de la hacienda pública, así como su publicación en La Gaceta y anotación en el SIRSA, para lo cual no se requiere el criterio o pronunciamiento del TSE, pues no se trata de una inhabilitación del ejercicio de derechos políticos.

Resolución No. 0024-2017-II del Tribunal Contencioso Administrativo, expediente 16-4330-1027-CA.

Sala Primera confirma que no es indispensable nulidad previa de un acto administrativo para sancionar a un funcionario.

Con base en un recurso de casación formulado por la CGR, la Sala Primera anuló la sentencia emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo (Res. N° 047-2015-VII de 11:45 horas del 18 de mayo de 2015), la cual había declarado con lugar la demanda de un exalcalde contra la CGR, por haber impuesto una sanción (cancelación de credencial) sin anular previamente el acto administrativo. De esta manera, la Sala confirma que la nulidad previa sobre un determinado acto lesivo a la hacienda pública -sea por la propia CGR o por autoridad judicial- no es un requisito indispensable para ejercer válidamente el régimen sancionatorio contra el servidor público responsable de esa conducta u omisión dañosa. Por lo anterior, se dispuso anular dicha resolución y ordenar el reenvío del expediente al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda para que dicte sentencia conforme a derecho.

Resolución No. 000079-F-TC-2017 del Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, expediente 12-000143-1027-CA.

Tribunal Contencioso Administrativo declara inadmisibles demandas que pretendían anular actos de otro proceso judicial Esta resolución aún no está firme.

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró inadmisibles una demanda interpuesta en contra de la CGR por dirigirse contra actos no susceptibles de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa. Señala el Tribunal que la inadmisión radica en que la demanda reprocha actos emitidos en otro proceso judicial, pretendiendo que se anule lo actuado y se ordene su imposibilidad de ser ejecutados, siendo que estos actos jurisdiccionales, no son posible objeto de impugnación conforme a las reglas del capítulo II del título IV del Código Procesal Contencioso Administrativo.

Resolución No. 1625-2017-T del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, expediente 16- 10128- 1027-CA.

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

