



Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol XI. 2018

Estudios
Consultas Relevantes
Contratación Administrativa
Jurisprudencia Relevante

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518

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

Semestral ISSN-221-3624

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

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

Revisión Filológica:

Olga Patricia Arce Cascante, artículos:

- Salario escolar en el Sector Público: ¿deducción o pago extraordinario? Dilema práctico-jurídico con impacto en la hacienda pública costarricense.
- Eficacia de la potestad sancionatoria disciplinaria -algunos aspectos a considerar en el ámbito costarricense.
- Las potestades de fiscalización sobre los diferentes tipos de sujetos privados que reciben fondos públicos.

Índice

7 Estudios de colaboradores Nacionales

9 Salario escolar en el sector público: ¿deducción o pago extraordinario?

17 Eficacia de la potestad sancionatoria disciplinaria

37 Las potestades de fiscalización sobre los diferentes tipos de sujetos privados que reciben fondos públicos

53 Criterios y jurisprudencia

55 Potestad Consultiva

56 Prohibición al ejercicio liberal de la profesión

56 Pago de transporte, hospedaje y alimentación a asistentes de personas con discapacidad funcionarias de CONAPDIS requiere aprobación previa

56 ¿Es posible implementar auditorías corporativas en las instituciones públicas?

56 No basta acuerdo del Concejo Municipal para la donación de bienes muebles a las asociaciones de desarrollo integral

56 Obligación de recuperar sumas pagadas de más a funcionarios

57 No procede pago de prohibición a asesor legal municipal nombrado en puesto de confianza

57 Improbación presupuestaria en instituciones descentralizadas ante incumplimiento de pago en sentencias judiciales

57 Directrices de restricción de gasto aplican a auditorías internas

58 Condiciones en que un jerarca puede apartarse de nombramiento de personal de auditoría ya autorizado por el Auditor Interno

58 ¿Puede un Auditor Interno participar en la Junta Directiva de un Colegio Profesional?

58 Por no pertenecer al Estado, a las Federaciones Municipales no les aplica la Ley de Estímulo a las Bellas Arte

58 ¿Infringen las buenas prácticas de COSO ERM 2017 los artículos 17 y 18 de la Ley General de Control Interno?

59 Particularidades sobre el pago de prohibición a servidores de las auditorías internas

59 Condiciones para la negociación de una convención colectiva en la Municipalidad de San Rafael de Heredia

61 Criterios Contratación Administrativa

62 Comités Cantonales de Deportes no son personas jurídicas

62 Alcance de la personalidad jurídica de los Comités Cantonales de Deportes

- 62 CGR subraya importancia de subsanación de ofertas en procedimientos de contratación administrativa
- 62 CGR explica alcance de la figura de la subsanación en un procedimiento de contratación administrativa
- 62 Casos en los que puede aplicarse contrataciones directas por escasa cuantía y entrega según demanda
- 63 Competencia de la CGR para conocer solicitudes de aprobación de liquidaciones y autorización de cesiones
- 63 Aplicación de régimen recursivo a un procedimiento degradado
- 63 Pago de Honorarios para Profesionales en Derecho
- 64 Oferta que obtuvo el Mayor Puntaje
- 64 Levantamiento de prohibición sólo surte efecto para concursos cuya apertura de ofertas sea posterior a su emisión
- 64 Modificación del plazo contractual que no requiere autorización de la CGR
- 64 Modificación contractual en contratos de entrega según demanda del INS
- 65 Prohibición para contratar con la Administración puede ser levantada con el cumplimiento de al menos uno de los supuestos del artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa
- 65 Funcionarios de elección popular tienen prohibido contratar con el Estado desde el momento en que el TSE declara oficialmente los resultados electorales
- 65 CGR tiene competencia para conocer recursos de objeción presentados en concurso tramitado por CORBANA
- 66 Recurso de objeción al cartel en concursos de UNOPS procede una vez que CONAVI aprueba el cartel definitivo
- 66 CGR rechaza recurso de apelación por haberse presentado contra un acto preparatorio de un concurso público

67 Jurisprudencia Relevante

- 68 Un año es el plazo para presentar demanda ante el Contencioso Administrativo en materia de procedimientos administrativos
- 68 Es improcedente el pago de salario escolar a funcionarios del Banco Central
- 68 Tribunal Contencioso respalda nulidad de contratación directa dispuesta por la CGR
- 68 Tribunal Contencioso declaró sin lugar demanda contra procedimiento administrativo tramitado por la CGR
- 69 Tribunal Contencioso avaló la posibilidad de cesar de un cargo a un funcionario por una falta cometida en otra institución
- 69 Juzgado confirma improcedencia en el pago de anualidades a exalcalde
- 69 Sala Constitucional ordena acceso al expediente de la contratación administrativa tramitado por CONAVI
- 69 Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda que pretendía anular despido por mala gestión de recursos públicos



Estudios de
Colaboradores
Nacionales



Francella Navarro Moya¹

Salario escolar en el Sector Público: ¿deducción o pago extraordinario²?

Dilema práctico-jurídico con impacto en la hacienda pública costarricense

Sumario

- I. Introducción.
- II. Origen y naturaleza jurídica del salario escolar.
- III. Ámbito de aplicación.
- IV. Criterio debatible.
- V. Aplicación en el Régimen Municipal Costarricense.
- VI. Conclusiones.
- VII. Referencias

¹ Licenciada en Administración Pública y Derecho, Egresada de la Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, Fiscalizadora de la Contraloría General de la República, Costa Rica.

² Extraordinario entendido no como un no ordinario, sino como un componente salarial más, que constituye una carga adicional que debe ser sufragada por parte del patrono.



I. Introducción

El término "salario escolar" ha provocado una gran cantidad de discusiones, tanto en el nivel práctico forma de aplicarlo y calcularlo en el ámbito central o descentralizado- como en el nivel jurídico -naturaleza jurídica, fuente normativa y vigencia; sin embargo, el dilema es posible de dilucidar teniendo claridad respecto de la base de origen y la motivación de su creación y consolidación en el tiempo.

Valga de inicio señalar que las razones originarias del salario escolar no son jurídicas, sino económicas y políticas, razones que se materializaron en una norma de rango infralegal dentro de un contexto histórico determinado. Importa remitir a los antecedentes en tanto la historia define las situaciones actuales, y permite tomar decisiones para las futuras.

En el caso del salario escolar, la discusión trasciende de lo meramente jurídico al nivel del gasto público, en tanto, solo para el Gobierno Central. Según el Informe de Ejecución del Presupuesto Nacional³, el monto total por concepto de salario escolar para el 2018 asciende a la suma de ₡133 220 856 575,00 (ciento treinta y tres mil doscientos veinte millones ochocientos cincuenta y seis mil quinientos setenta y cinco colones). Por su parte, las empresas públicas no financieras, los gobiernos locales, las instituciones descentralizadas no empresariales, las instituciones públicas financieras y los órganos desconcentrados reportan como gasto por este concepto ₡157 905 903 726,00 (ciento cincuenta y siete mil novecientos cinco millones novecientos tres mil setecientos veinte seis colones) para ese mismo año. Es decir, el sector público costarricense invierte recursos económicos para el pago de salario escolar por un monto total de ₡291 126 760 301,00 (doscientos noventa y un mil ciento veintiséis millones setecientos sesenta mil trescientos un colones).

A partir de esos datos y del impacto que tiene el denominado "salario escolar" para la Hacienda Pública, es válido plantear algunos cuestionamientos práctico-jurídicos: ¿qué es el salario escolar?, ¿cuál es su origen?,

en la práctica ¿es una reducción de parte del salario de los funcionarios que se paga de manera diferida en enero de cada año? o ¿es un pago extraordinario? Con base en estas y otras preguntas, se llama a la reflexión para determinar si la base jurídica alcanza y se justifica la erogación por dicho concepto en el ámbito público, aun en el contexto actual deficitario costarricense.

A fin de analizar el tema se ahondará en la aplicación del salario escolar en el Régimen Municipal Costarricense, haciendo referencia a los criterios emitidos por la Contraloría General de la República al respecto.

II. Origen y naturaleza jurídica

El denominado "salario escolar" surge como un acuerdo de política salarial adoptado por los representantes de los trabajadores del sector público y los representantes del Poder Ejecutivo a las 0:15 horas del 23 de julio de 1994 para el cuatrienio 94-98. Estaba en ejercicio el Presidente de la República José Figueres Olsen.

El acuerdo denominado "Resolución de la Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público" estableció lineamientos de política salarial que respondieron a las condiciones de la economía nacional en dicha época. Cabe recordar que desde el cuatrienio 83-86 el Estado costarricense venía afrontando una crisis económica seria que llevó al país a adoptar una serie de reformas estructurales y organizacionales, dentro de las cuales se encuentran los Programas de Ajuste Estructural, uno de ellos, el denominado PAE III, implementado en el cuatrienio 94-98.

Como parte de los lineamientos de política salarial, se creó el denominado "salario escolar"; dirigido, según el mismo acuerdo a "...mejorar la situación de los asalariados en un momento difícil como es la entrada a clases de sus hijos o la educación del propio trabajador, en que deben realizar fuertes desembolsos de dinero"⁴; continúa señalando el acuerdo que "Este beneficio salarial será otorgado en forma gradual, de manera que al finalizar el cuarto año se complete un salario adicional que se pagará en el mes de enero de cada

³ Evolución Fiscal y Presupuestaria. Primer Semestre de 2018. Base de datos período 2012-2018 adjunta. Recuperado de <https://sites.google.com/cgr.go.cr/evol-fiscal-1er-semestre-2018/inicio?authuser=0>

⁴ Resolución de la Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público. 23 de julio de 1994. pág. 6

año...y será aplicado estrictamente a los funcionarios activos, salvo disposición legal en contrario..."⁵ y que "...estará sujeto a las cargas de Ley"⁶.

Como resultado del acuerdo mencionado y con el fin de que el componente salarial pudiera ser aplicado al sector Público, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Ejecutivo n.º 23495-MTSS publicado en el Alcance n.º 23 a la Gaceta n.º 138 del 20 de julio de 1994, modificado por el Decreto Ejecutivo n.º 23907-H publicado en la Gaceta n.º 246 del 27 de diciembre del mismo año.

En el considerando 2 del Decreto Ejecutivo n.º 23907-H, se dispuso que el salario escolar "...consiste en un ajuste adicional al aumento de salarios por costo de vida otorgado a partir del 01 de julio de 1994 y será un porcentaje del salario nominal de dichos servidores, para que sea pagado en forma acumulativa en el mes de enero de cada año".

El ajuste al aumento de salario por costo de vida y el acuerdo de política salarial que le antecedió a este implicó que a los funcionarios públicos no se les otorgara el aumento total por costo de vida, sino que de dicho aumento se tomaría un porcentaje, a fin de que, al terminar el cuarto año se ajustara un salario base, pagadero de manera diferida en el mes de enero de cada año; sin embargo, tuvo como efecto directo la afectación a las bases salariales por cada semestre.

Así, el aumento por costo de vida para el segundo semestre de 1994 fue de 8 %, del cual se retuvo 1,25 % para el salario escolar -al respecto ver circular SI-002-92 del 12 de enero de 1995 y resoluciones N° DG-062-94 del 05 de agosto de 1994 y DG-005-95 del 12 de enero de 1995; emitidas por la Dirección General de Servicio Civil-. Para los semestres del año 1995 se decretaron aumentos del 9,85 % -ver resolución de la Dirección General del Servicio Civil N° DG-112-94 del 22 de diciembre de 1994- y 7,07 % y se mantuvo el salario escolar en 1,25 %. En el primer semestre del año 1996 se decretó un aumento del 5 %- Ver resolución de la Dirección General del Servicio Civil N°DG-114-95 del 22 de diciembre de 1995- y se mantuvo el salario escolar en el mismo porcentaje. Para el segundo semestre de ese mismo año, el aumento decretado por costo de vida fue de 7,12 %, del cual se retuvo

2,50 %, lo que sumaba por concepto de salario escolar acumulado un 3,75 %. Para el primer semestre del año 1997 fue decretado un aumento del 7 % y una retención del 2 % sobre este, lo que sumaba por concepto de salario escolar un 5,75 %-Ver resolución de la Dirección General del Servicio Civil N°DG-103-96 del 17 de diciembre de 1996-. Finalmente en el segundo semestre de 1997 se decretó aumento por 6 %, del que se retuvo un 1 % -Ver resolución de la Dirección General del Servicio Civil n.º DG-041-97 del 01 de julio de 1997- En el primer semestre de 1998 se decretó un aumento por 5,58 %, del cual se retuvo un 1,58 %. Las retenciones al finalizar ese primer semestre de 1998 sumaron un 8,33 %, lo que representa el porcentaje de un salario nominal.

Por lo anterior y en vista de que las bases salariales se vieron afectadas, el salario escolar no se debe concebir como un pago extraordinario o un plus salarial, sino como un ajuste de los aumentos que por costo de vida se decretaron en el cuatrienio 94-98 y cuyo pago se realiza de manera diferida en enero de cada año.

Lo anterior coincide con lo señalado por la Contraloría General de la República al conceptualizar dicho componente como un ajuste de los aumentos que por costo de vida se decretaron para el cuatrienio 94- 98 y que en atención al Acuerdo de Política Salarial para dicho período se decidió otorgar de forma gradual de manera que al finalizar el cuarto año se completara un salario adicional pagadero de manera diferida en un solo tracto en el mes de enero de cada año. Al respecto, ver los oficios N° 3738-2010, 3697-2012 y 3528-2013, 1092-2015, 4765-2015, 16432-2015, 1366-2017, 5084-2017, 13368-2017 y 14212-2017, entre otros.

En el mismo sentido, la Sala Constitucional, mediante la resolución n.º 0722 de las 12:09 horas del 06 de febrero de 1998 se refirió al salario escolar como un sistema de retención y pago diferido de un porcentaje del total del aumento decretado por costo de vida para el año que corresponda.

De conformidad con lo señalado por la Sala Constitucional en la resolución antes indicada, el componente salarial referido no es un pago extraordinario por parte del Estado, ni constituye un monto adicional como un decimocuarto mes, en virtud de que es un pago

5 Idem. Pág.6

6 Ibid. Pág.6

diferido de un porcentaje que fue retenido al trabajador del porcentaje total decretado por aumento por costo de vida, por parte del Poder Ejecutivo.

En la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo n.º 2036-2009 de las 08:00 horas del 22 de setiembre del 2009 indica, sobre la naturaleza jurídica del salario escolar, que el cálculo responde al porcentaje del salario nominal de los servidores públicos, es decir, un porcentaje del salario que se paga de manera diferida en el mes de enero del año siguiente.

Valga acotar, según el artículo 2 de la resolución n.º DG-062-94 emitida por la Dirección General de Servicio Civil a las 10:00 horas del 05 de agosto de 1994, que el salario escolar está sujeto a las cargas sociales de ley, excepto el impuesto sobre la renta según ley n.º 8665 del 09 de octubre del 2008.

III. **Ámbito de aplicación del salario escolar**

En cuanto al ámbito de aplicación, el considerando III del Decreto Ejecutivo de cita establece el salario escolar para los servidores amparados al Régimen del Servicio Civil, mediante la resolución DG-062-94 del 05 de agosto de 1994 y la resolución AP-34-94. La Autoridad Presupuestaria lo hace extensivo a las instituciones y empresas públicas cubiertas bajo su ámbito; de ahí surge que la aplicación del salario escolar no se hiciera extensiva a todo el sector público.

Por tal razón, no todas las instituciones que integran el sector público se vieron afectadas por el acuerdo de política salarial y los decretos antes señalados en razón de su autonomía, debido a la independencia de ciertas entidades para adherirse a dicha política salarial o no, es decir: aplicar el incremento decretado por costo de vida, o bien, en virtud de su propia escala salarial, definir los aumentos correspondientes y no apegarse al acuerdo en mención, por ejemplo: los gobiernos locales de conformidad con el artículo 122 del Código Municipal.

Así en la práctica pudieron presentarse tres escenarios:

a. El primer escenario se refiere a la adopción y aplicación del acuerdo y los decretos mencionados, de forma tal que se efectuaron las retenciones en el cuatrienio 94-98 y, en consecuencia, se les pagará el salario escolar a los funcionarios activos, lo cual se entiende como el pago diferido por la afectación a las bases salariales que se dieron en el período referido. En este escenario se ubican las instituciones que integran el Gobierno Central, los servidores amparados al Servicio Civil y las instituciones y empresas públicas cubiertas por la autoridad presupuestaria.

b. En el segundo escenario se ubican aquellas entidades e instituciones autónomas que en virtud de su condición decidieron en aquel momento adoptar y aplicar el acuerdo y los decretos, de manera tal que las bases salariales para el período 94-98 se vieron igualmente afectadas y con ello reconocen el salario escolar como un pago diferido a sus funcionarios.

No obstante, en caso de un cambio en el régimen salarial de estas (salario único o global), en virtud de la autonomía que ostentan dichas entidades y en tanto el salario escolar no está dispuesto por ley, sino por decreto, se pueden presentar tres opciones: i) que el salario escolar se incorpore dentro del cálculo del salario único y, por tanto, no se deba reconocer por aparte; ii) que el salario escolar no se incorpore dentro del cálculo del salario único y se reconozca como un rubro independiente; y iii) que no se reconozca el salario escolar en el nuevo régimen, en virtud de los parámetros definidos previamente por la Administración.

c. Un tercer escenario se da en aquellas instituciones que, en virtud de su autonomía, eligieron en el período 94-98 no aplicar el acuerdo ni los decretos y con ello dejaron sin afectación las bases salariales.

En el supuesto señalado antes, no corresponde el pago por concepto de salario escolar en tanto no se afectaron las bases salariales. Ahora bien, en caso

de que estas instituciones decidan implementar el salario escolar, no podrán aplicar los acuerdos ni el decreto referido, sino que únicamente podrían hacerlo realizando la retención del monto salarial en el porcentaje equivalente, el cual constituiría un ahorro del trabajador que se otorgaría en enero de cada año como salario escolar, mediante un acuerdo entre patrono y trabajador. Para ello se considerarían las condiciones necesarias para la administración de dichos fondos de acuerdo con la normativa técnica y legal aplicable.

En los supuestos antes descritos, el salario escolar no deberá ser concebido como un pago extraordinario en tanto responde, desde su origen, a una afectación a las bases salariales y, si así no lo fuese, por la no aplicación del decreto señalado de forma reiterada, se deberá hacer el rebajo salarial correspondiente para ser pagadero en enero de cada año.

Por otra parte, en caso de implementarse el pago por concepto de salario escolar mediante convención colectiva, deben tomarse en consideración las reservas pertinentes en cuanto a la aplicación que tiene dicho instrumento de negociación, conforme a los parámetros que han sido definidos en el ordenamiento jurídico y con especial atención a la jurisprudencia vinculante "erga omnes" emanada por la Sala Constitucional. Importa destacar que la norma convencional deberá necesariamente apegarse al ordenamiento jurídico, con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad de rango constitucional.

IV. Criterio debatible

Sobre los antecedentes del salario escolar no hay ningún debate. No obstante, a falta de un debido análisis de los antecedentes y por las particularidades que tiene la aplicación de este según la institución de la que se trate, se ha generado discusión respecto de la aplicación del salario escolar.

Un aspecto que ha creado discusión es si el salario escolar responde a una "deducción" mensual del salario de los funcionarios públicos o un pago extraordinario (componente salarial adicional). Sobre este aspecto

importa destacar, para aquellas instituciones que se acogieron al decreto ejecutivo -Gobierno Central, instituciones que integran la autoridad presupuestaria y otras que por su autonomía decidieron libremente acogerse a los aumentos por costo de vida del período 94-98-, que el salario escolar no responde a esa deducción mensual de un porcentaje del salario. Prueba de ello son las constancias salariales donde se puede determinar que el porcentaje por salario escolar no se deduce, como se hace con las cargas obrero patronales, pero el pago si se realiza de manera diferida mes a mes.

Lo anterior no quiere decir que se conceptualice el salario escolar como un "pago extraordinario". Para los funcionarios que integran el Gobierno Central y aquellas instituciones que se acogieron al decreto ejecutivo de aquel momento, las bases salariales se vieron afectadas, de manera tal que el salario escolar se conceptualiza y aplica como una deducción en el cuatrienio 94-98 -por afectación a las bases salariales- y un pago diferido que se mantiene hasta el día de hoy.

Si bien la deducción en el cuatrienio 94-98 se efectuó por medio de decreto ejecutivo, esta se realizó mediante un acuerdo de política salarial entre patronos y trabajadores, cuya retención se formalizó en aquel momento y la afectación a las bases salariales aún se está sufragando.

Al respecto, mediante las resoluciones números 152-1995, 843-2006, 1062-2006, 881-2008, 279-2009, 432-2008, 1034-2008, 723-2010 y 104-2011, la que Sala Segunda sostuvo que el salario escolar es un ajuste de salario que se paga de forma acumulativa y diferida; es un aumento, señaló el máximo Tribunal, que no paga el Estado ni sus instituciones en forma adicional como si fuera un monto extraordinario. Asimismo, en lo que interesa, indicó que no es un sobresueldo, sino que forma parte del costo de vida.

Ahora bien, aquellas instituciones que no se acogieron al decreto de reiterada cita, si quisieran implementar el pago por salario escolar, deberán realizar la deducción salarial mes a mes por los mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico, como si fuese un ahorro, pagadero de manera diferida en enero de cada año,

mediante un acuerdo entre patronos y trabajadores. A partir de la resolución n.º 833-2011 y con base en los mismos antecedentes originarios, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia cambió de criterio y ha señalado que este refiere a un ajuste adicional al aumento general otorgado; señaló, además, que no es una deducción salarial que se paga de manera diferida, sino un componente salarial más, es decir, un pago extraordinario como si fuese un "decimocuarto mes". El cuestionamiento respecto de esta última posición radica en el hecho de que no existe norma que habilite al Estado a otorgar un pago extraordinario adicional al denominado "aguinaldo" o "decimotercer mes".

Otro de los inconvenientes que tiene esa posición es que, pese a que algunas instituciones pudieron no acogerse en aquella oportunidad al decreto de manera que su salario no se viera afectado, en sus bases pretenderán dicho pago como extraordinario, sin norma que ampare dicha pretensión, con las implicaciones que ello tiene en los fondos que integran la Hacienda Pública.

En cuanto a la doctrina, esta ha señalado que por un lado el salario escolar para el sector público es un pago que realice directamente el gobierno como un reconocimiento adicional o sobresueldo; no obstante, en el mismo texto se indica que el salario escolar no es un decimocuarto mes, por cuanto no es un pago extraordinario que debe realizar el propio patrono (Briones 2008).

La posición doctrinaria antes citada se refiere a todo el sector público, pese a que, tal y como se señaló antes, la aplicación del denominado salario escolar no es igual para todos los funcionarios públicos, sino que va a variar según la institución, la autonomía salarial que ostente y si estos se acogieron o no al decreto de reiterada cita.

V. Aplicación en el Régimen Municipal Costarricense

En relación con la aplicación del salario escolar a los funcionarios municipales, la Contraloría General de la República se ha referido en criterios reiterados respecto del tema, entre otros los oficios números: 3738 (DJ-1533-2010), 3697 (DJ-0424-2012), 3528 (DJ-244-2013), 5164 (DJ-374-2013), 1092 (DJ-078-2015), 1366

(DJ-0145-2017) y 13368 (DJ-1312-2017) del 28 de abril de 2010, 24 de abril de 2012, 10 de abril de 2013, 29 de mayo de 2013, 21 de enero de 2015, 09 de febrero de 2017 y 03 de noviembre de 2017, respectivamente.

Al respecto el órgano contralor ha señalado que las corporaciones municipales no están amparadas al Régimen del Servicio Civil ni a la Autoridad Presupuestaria, de manera tal que no se vieron afectadas, en principio, por el acuerdo de política salarial en el cuatrienio 94-98 que dio origen a dicho componente salarial ni por los ajustes por costo de vida que se aplicaron en ese momento para el sector público.

De conformidad con el artículo 170 de la Constitución Política, los gobiernos locales poseen autonomía política, administrativa y financiera (Código Municipal, art. 4). Esta le permite, por norma especial regular las disposiciones sobre el régimen salarial. Al respecto y en lo que interesa, el art. 122 del Código Municipal establece:

"(...) b. Los sueldos y salarios de los servidores municipales serán determinados por una escala de sueldos, que fijará las sumas mínimas y máximas correspondientes a cada categoría de puestos. c. Para determinar los sueldos y salarios, se tomarán en cuenta las condiciones presupuestarias de las municipalidades, el costo de vida en las distintas regiones, los salarios que prevalezcan en el mercado para puestos iguales y cualesquiera otras disposiciones legales en materia salarial..."

Por lo anterior, en virtud de la autonomía municipal, si los gobiernos locales decidieron adoptar el decreto ejecutivo y acogerse a los aumentos que por costo de vida fueron decretados en el cuatrienio 94-98, lo que afectaría las bases salariales en aquel momento, les corresponde a sus funcionarios el pago por concepto de salario escolar.

No obstante, si las municipalidades no se vieron afectadas por dicho acuerdo y no se acogieron a los aumentos decretados por costo de vida, en caso de que opten por reconocer dicho componente, deberán llevar a cabo la retención mes a mes por dicho concepto del salario de cada servidor municipal y el correspondiente

pago diferido en el mes de enero de cada año, ya sea mediante un acuerdo entre patrono y trabajadores conforme al ordenamiento jurídico, o bien, por norma convencional. Se debe tomar en consideración la situación económica y el contenido presupuestario de cada corporación municipal, así como la observancia al ordenamiento jurídico respecto de la administración de dichos fondos.

En virtud de lo señalado antes, dicho rubro no responde a un decimocuarto mes o monto extraordinario retribuido a los servidores municipales.

VI. Conclusiones

El salario escolar ha sido objeto de discusiones tanto jurídicas como en el nivel práctico. Sobre sus antecedentes y origen existe acuerdo; sin embargo, en la práctica hay quienes conceptualizan ese componente salarial como un pago extraordinario y otros como una retención mes a mes y pago diferido en enero de cada año.

Lejos de ser una discusión semántica sobre el tema, se convierte en un problema práctico con implicaciones reales en los fondos públicos, en tanto, quienes conceptualizan el salario escolar como un pago extraordinario imponen una carga salarial más al patrono y con ello un peso adicional al erario público.

De lo señalado en este artículo se desprende que el salario escolar debe conceptualizarse como una deducción realizada en el cuatrienio 94-98 a partir de un decreto ejecutivo con afectación a las bases salariales y cuyo pago diferido se da en el mes de enero de cada año, para aquellas instituciones del Gobierno Central y descentralizadas que aplicaron los aumentos decretados por costo de vida. De esta manera se "compensan" las bases salariales afectadas en aquel momento.

Lo señalado antes no limita a aquellas instituciones que quieran, en virtud de su autonomía salarial, implementar dicho pago a sus funcionarios, con base en los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece al efecto y tomando en consideración las implicaciones que ello tiene en la administración de dichos fondos.

Así las cosas, será cada institución -incluidos los gobiernos locales- la que analice si realmente aplicó el decreto ejecutivo del salario escolar y los aumentos que por costo de vida se otorgaron en aquel momento, lo que justificaría en la actualidad el pago por concepto de salario escolar a sus funcionarios, de manera diferida en enero de cada año.

De lo contrario, no se justificaría el pago como "extraordinario" o un "decimocuarto mes". No obstante, en caso de que los funcionarios quieran que el patrono haga esa retención, deberán tomar las acciones legales correspondientes y el pago diferido en enero de cada año. Para ello deben analizar previamente el régimen salarial que ostentan y las posibilidades según el marco del ordenamiento jurídico.

Queda finalmente la excitativa, a partir de lo señalado y en un contexto actual de déficit fiscal costarricense, el análisis de la aplicación del salario escolar en cada institución pública, a fin de determinar si la erogación está debidamente justificada, con base en los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad y de conformidad con el ordenamiento jurídico globalmente considerado.

VII. Referencias

Arias Ramírez, R. y Muñoz López, JJ. (Enero-diciembre 2007). La reforma económica y su impacto Social en Costa Rica durante el período de Ajuste Estructural: Apuntes críticos para el análisis. Economía y Sociedad, 31 y 32, pág. 5, 34.

Briones Briones, E. (2008). Antecedentes del salario escolar en Costa Rica. San José, Costa Rica: Juricentro S.A.

Contraloría General de la República. Evolución Fiscal y Presupuestaria. Primer Semestre de 2018. Recuperado de: <https://sites.google.com/cgr.go.cr/evol-fiscal-1er-semester-2018/inicio?authuser=0>

Presidente de la República y Ministerio de Hacienda. Decreto Ejecutivo N° 23907-H publicado en la Gaceta N° 246 del 27 de diciembre de 1994.

Presidente de la República y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Decreto Ejecutivo N° 23495-MTSS publicado en la Gaceta N° 138 del 20 de julio de 1994.

Comisión Negociadora de Salarios del Sector Público suscrita por los representantes de los trabajadores del Sector Público y representantes del Poder Ejecutivo (1994). Resolución del 23 de junio de 1994.



Eficacia de la potestad sancionatoria disciplinaria

-algunos aspectos a considerar en el ámbito
costarricense

Licda. Yazmín Castro Sánchez¹

Sumario:

- I. Introducción.
- II. La potestad sancionatoria administrativa.
- III. Responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos.
- IV. Procedimiento sancionatorio disciplinario.
- V. Mecanismos complementarios para la eficacia de la potestad sancionatoria.
- VI. Conclusiones.
- VII. Referencias

¹ Licenciada en Derecho y Notaria pública de la Universidad Federada Santo Tomás (UACA). Máster en Derecho Laboral de la Universidad Latina y egresada de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Posee un Diploma en Derecho Administrativo Sancionatorio de la Universidad de Valladolid, España. Bachiller en Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica.



I. Introducción

El Derecho Administrativo se conforma de normas jurídicas que establecen, entre otros aspectos, las facultades, competencias, atribuciones y procedimientos expresamente delimitados para llevar a cabo la potestad sancionatoria o disciplinaria. Su propósito es establecer responsabilidades a los funcionarios públicos ante actos u omisiones en contra del ordenamiento jurídico globalmente considerado.

En el marco de la potestad sancionatoria-disciplinaria, se encuentran dos derechos fundamentales de especial relevancia. Por un lado, se halla el derecho al debido proceso y con este el derecho de defensa de la parte intimada dispuesto en los numerales 39 y 41 de la Constitución Política. Por otro lado, se encuentra el principio de legalidad, rendición de cuentas y eficiencia en el ejercicio de la función pública (Constitución Política, art. 11). Estos principios se constituyen en deberes obligados de observancia por parte de la Administración Pública a la hora de tramitar un procedimiento administrativo sea sancionatorio o disciplinario. También son especialmente relevantes en los procedimientos administrativos donde la Administración Pública dirige el proceso como Juez y parte, sin perder de vista la objetividad e imparcialidad necesaria para alcanzar los fines del procedimiento administrativo, sobre todo la búsqueda de la verdad real de los hechos, con respeto pleno a las garantías y derechos fundamentales de los administrados.

En este artículo se presenta el análisis de ciertos aspectos relevantes tendientes a lograr la eficacia de la potestad sancionatoria que ostenta la Administración Pública. A partir de la aplicación de los principios rectores del Derecho Administrativo, se reconoce que en cierta medida se deriva de algunas premisas básicas del Derecho Penal, que buscan la configuración de un marco adecuado para la determinación de la responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos dentro de un régimen previsto en el ordenamiento jurídico.

Se desarrollan temas como el concepto de la potestad sancionatoria administrativa, su fundamento

constitucional y legal. También se incluyen los principios rectores de esta materia y algunas referencias claves de la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual en aplicación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José" ha indicado que los procedimientos administrativos, donde se vean involucrados la imposición de sanciones administrativas, requieren una especial protección de los Derechos Humanos.

Asimismo, se desarrolla el tema de la responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos, sus tipos, y la normativa relevante, a la vez que se aborda el tema de mecanismos complementarios para la eficacia de la potestad sancionatoria, con especial referencia a los aspectos de medidas cautelares, alternativas en el desarrollo de los procedimientos administrativos y finalmente algunos comentarios y referencia sobre la figura particular de cláusula de clemencia y el papel del delator, que se encuentra regulada en la normativa que rige el procedimiento administrativo español y que se tomarán como referencia en este particular.

Con este marco general, se procura brindar un aporte en el desarrollo de temas relevantes, especialmente en la coyuntura actual de mayores exigencias de la ciudadanía respecto del correcto manejo de los asuntos públicos por parte de los funcionarios encargados de velar por la satisfacción del interés general y el régimen de responsabilidad que la cobija de acuerdo con su conducta, sea esta activa u omisiva.

II. La potestad sancionatoria administrativa

2.1 Concepto

En primer término, la potestad sancionatoria administrativa tiene como propósito asegurar de la mejor forma posible que los fines de la Administración Pública se lleven a cabo respetando los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado y en apego al ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, podemos citar la definición de

potestad sancionadora, con base en el concepto de Sánchez Sánchez (2016), quien señala en cuanto al tema:

Por tanto la potestad sancionadora es una forma de actividad de la administración que implica un ejercicio de autoridad. Y ello supone que el ejercicio de esta potestad corresponde (de) (sic) forma exclusiva a órganos administrativos. Por tanto, no se podrá ejercer por entidades de Derecho privado, mandatarios o agentes auxiliares externos a la Administración habida cuenta de que se trata de una actividad que implica ejercicio de autoridad. (p. 95).

De igual manera los autores Camacho Méndez y Gómez Figueroa (2004), en torno al tema indican:

En el origen o existencia de todo derecho se encuentran dos componentes primordiales: una potestad y un ordenamiento; de donde se puede inferir que si se encuentra una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador, por ende, también existe un Derecho Administrativo Sancionador. (p. 20)

Por su parte, Escola (1984) define el poder sancionador de la Administración como aquel en el que "... pueden imponerse sanciones a quienes incurran en la inobservancia de las acciones u omisiones que le son impuestas por el ordenamiento normativo administrativo, o el que sea aplicable por la Administración Pública en cada caso". (p. 207)

La Procuraduría General de la República de Costa Rica (PGR), mediante el Dictamen n.º C-229 de fecha 26 de julio de 2004 definió lo siguiente con respecto al tópico:

La potestad sancionatoria de la Administración es manifestación del poder represivo del Estado. El poder punitivo estatal es único, por lo que la potestad sancionatoria administrativa está sujeta a los principios y disposiciones aplicables originalmente en el Derecho Penal. Producto de la influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas se impone a la Administración aplicar las garantías

procedimentales desarrolladas para el proceso penal. Lo que se justifica en el hecho de que se está ante una afectación de la esfera de libertad de los administrados en razón del proceder del Poder Público. De ese hecho la potestad sancionadora se ejerce con respeto a los principios generales del debido proceso, lo que implica amplio derecho de defensa, principio de contradictorio, igualdad entre las partes, presunción de inocencia y sujeción al principio de imparcialidad. Estos principios se imponen a la autoridad sancionadora, que debe actuar como los jueces: de manera imparcial, objetiva e independiente. En nuestro sistema jurídico se estima que la legislación administrativa que contempla en forma más acertada los principios del debido proceso es la Ley General de la Administración Pública....

Ahora bien, es importante mencionar que dentro del Derecho Administrativo tienen lugar diferentes manifestaciones de la potestad sancionatoria administrativa, que puede desarrollarse en áreas como: medioambiental, tránsito, tributario, consumidor y el disciplinario. Estas manifestaciones pueden surgir sobre los funcionarios públicos, ante posibles causales que estos cometan y que según la respectiva normativa sea susceptible de imposición de sanciones. En igual sentido, siguen por lo general el cauce procedimental regulado en el Título Segundo de la Ley General de la Administración Pública, que sirve como marco general para el ejercicio de dichas funciones administrativas sancionatorias.

2.2 Fundamento normativo

El 22 de noviembre de 1969 Costa Rica suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada hasta el 03 de febrero de 1970. Allí se regulan garantías constitucionales y legales de los ciudadanos, así como principios que ampliamente sirven como marco orientador de la potestad sancionadora administrativa.

En el Estado Social y de Derecho costarricense, encontramos las siguientes normas, que resultan fundamentales para el ejercicio de esa potestad por parte de la Administración. Al efecto, nuestra Constitución Política dispone:

ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. (...)

ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Así también, la Sala Constitucional mediante resolución N.º 4203 de las 17:47 horas del 29 de marzo de 2011, indicó respecto al tema lo siguiente:

Toda potestad administrativa requiere, para su regularidad y validez, de un procedimiento administrativo previo, sobre todo si el acto final que resulta de su ejercicio resulta aflictivo o gravoso para el administrado destinatario de ésta (*sic*) (...). Ese iter procedimental está concebido para garantizarle al administrado una resolución administrativa que respete el debido proceso, el derecho de defensa, el contradictorio o la bilateralidad de la audiencia y, por consiguiente, tiene una profunda raigambre constitucional en los ordinales 39 y 41 de la Constitución Política. Durante el trámite de un procedimiento administrativo, lo importante siempre va a ser la búsqueda de la verdad real, por lo que la interpretación de las normas dentro de éste debe estar orientada a la realización de ese fin; y entonces será gracias a todo lo que se avance en la certeza de los hechos lo que permitirá al final aplicar adecuadamente el derecho...

Por tanto, el procedimiento administrativo y el debido proceso constituyen garantías indispensables para ejercer la potestad sancionatoria de la Administración, en tanto suponen seguridad jurídica y confianza de que la actividad de la administración se canaliza obligadamente a través vías determinados como requisito mínimo para que pueda ser calificada como actividad legítima y no una actuación administrativa arbitraria.

Como fuente normativa legal, la potestad sancionatoria de la Administración en Costa Rica encuentra su marco de acción (especialmente en el plano procedimental) conforme a la Ley General de la Administración Pública (LGAP) n.º 6227 del 02 de mayo de 1978.

Ahora bien, de especial relevancia sobre la regulación de la potestad sancionatoria de la Administración, se encuentran las siguientes normas: Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley de Contratación Administrativa, Ley General de Control Interno, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Código Municipal, entre otras normas legales y de rango inferior.

En nuestro país, en materia de infracciones a la Hacienda Pública, se le ha encomendado a la Contraloría General de la República, la fiscalización, la investigación, la verificación, la supervisión y el control de todos los componentes de esta. De tal forma, algunas de las funciones encomendadas a este órgano contralor en su carácter de rector superior de la materia son las siguientes: la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa, el funcionamiento del sistema financiero, el manejo del presupuesto de todas las dependencias públicas, el control del personal que recibe, custodia, paga o administra bienes o valores del Estado y la determinación de las responsabilidades y sanciones derivadas de esa fiscalización. El fin es que se mantenga la confianza en la correcta administración de la Hacienda Pública, lo cual responde al interés general del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas.

Con respecto al término de "Hacienda Pública", este se puede visualizar desde dos perspectivas: una subjetiva y otra objetiva. Desde el punto de vista subjetivo, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su artículo 4 indica que ejerce su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública -sujetos pasivos de su control y fiscalización- incluido todo ente u órgano público, las empresas públicas y hasta los sujetos de derecho privado cuando administren, custodien fondos públicos o reciban

transferencias públicas, según el artículo 8, párrafo 3 de la citada ley. Desde la óptica objetiva, el artículo 8 de esa misma ley, dispone que la Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Asimismo, el numeral 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, establece que el ordenamiento de control y fiscalización superior comprende el conjunto de normas que regulan los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para ésta. Así, en cumplimiento de las competencias constitucionales y legales, la Contraloría General tiene un poder-deber asignado, que es el controlar la función desempeñada particularmente por estos funcionarios, de manera tal que la labor de investigación se constituye en una lógica consecuencia de esa tarea de control y fiscalización de la Hacienda Pública, la cual debe llevar a cabo cuando exista mal uso o manejo de los bienes o valores del Estado.

La Sala Constitucional, en lo referente a la competencia de la Contraloría General ha indicado, en lo que interesa, lo siguiente:

(...) // **IV.- COMPONENTES SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA HACIENDA PÚBLICA.** (...) / En aras de hacer efectiva la competencia de vigilancia de la Hacienda Pública de la Contraloría General de la República y, más concretamente, de las normas jurídicas y técnicas sobre la contratación administrativa, los procedimientos, responsabilidad y sanciones de los funcionarios públicos que intervengan en un eventual y presunto manejo irregular, indebido o impropio de los fondos públicos, su ley orgánica habilita o faculta, expresa e inequívocamente, a ese órgano para realizar auditorías (sic) (financieras, operativas o especiales) o incoar procedimientos o sumarios administrativos sobre los sujetos pasivos (órganos y entes públicos) y sus funcionarios o agentes públicos (artículos 21

y 22) (Resolución n.º 2199-2004 de las 12:59 horas del 27 de febrero de 2004).

En concordancia con lo anterior y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, podemos concluir desde ya que los numerales 68 y 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República reafirman las competencias que ostenta este órgano contralor en esta materia al establecer con claridad meridiana que esta CGR, como órgano de fiscalización superior, tiene competencias suficientes para recomendar de forma vinculante al sujeto pasivo la aplicación de una sanción proporcionada al mérito del asunto, incluida la posibilidad de dirigir la gestión ante el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), a efectos de que proceda a ejecutar y materializar la recomendación administrativa y vinculante de cancelar (y en dado caso suspender) la credencial de un servidor público, nombrado en puestos de elección popular, como es el caso de los alcaldes, vicealcaldes, intendentes, síndicos y regidores municipales. Lo anterior -claro está- previo cumplimiento del derecho de defensa y del debido proceso estipulado en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 214 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública.

La ponderación y determinación de la sanción por recomendar dependerá así, en todos los casos, del análisis concreto y la verificación de la existencia de los elementos subjetivos de la responsabilidad (dolo o culpa grave), para lo cual el órgano contralor tendrá siempre como principio integrante del derecho administrativo sancionador el de proporcionalidad y razonabilidad. El artículo 4 inciso b, último párrafo del Reglamento de organización y servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República señala que "...la sanción que se imponga debe estar ajustada al acto ilegítimo que se realizó, de forma tal que a mayor gravedad de la falta, mayor gravedad de la sanción, lo que implica una proporcionalidad de causa a efecto". También se indica en otros criterios de valoración que el propio ordenamiento jurídico prevé (artículo 108 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos).

2.3 Principios vinculados con la potestad sancionatoria administrativa

Del cuerpo legal internacional citado en líneas precedentes, se pueden extraer algunos principios de aplicación en procesos penales y en procedimientos administrativos, aunque estos últimos con los matices propios que impone el derecho administrativo sancionador.

En ese sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional costarricense, señala es que los principios del derecho penal no se aplican con la misma rigidez al procedimiento administrativo. Así, mediante sentencia n.º 13818-2006 de las 15:11 horas del 19 de setiembre de 2006, se resolvió lo siguiente:

El procedimiento administrativo, se inspira en el proceso penal; sin embargo, en virtud de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego en uno y otro caso, son diversos y no puede hacerse una aplicación idéntica de principios. De manera que el procedimiento administrativo disciplinario debe ajustarse -a falta de normativa expresa- a las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública y no en las del Código Procesal Penal -que tiene reglas expresas sobre intermediación- y, en todo caso, la verificación del 'in procedendum de legalidad' compete a la jurisdicción ordinaria y no a la constitucional...²

A pesar de la postura sostenida por nuestro Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del caso Fujimori contra Perú del 31 de enero de 2001, establece en cuanto a la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que regula lo concerniente a las garantías judiciales, lo siguiente:

...no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las

exigencias establecidas en la Convención. 69. Si bien el **artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales"** a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos./Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal⁴ (...) Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana...(el resaltado no es del original).

Asimismo, dicha instancia internacional, en la resolución de la controversia, denominada Baena Ricardo y otros contra Panamá en la sentencia del 02 de febrero de 2001, establece que todas las garantías penales deben ser aplicadas a las administrativas. En ese sentido, determinó:

...106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que

2 Véase además sentencia constitucional n.º 10278-2008 de las 16:03 horas del 19 de junio de 2008

3 Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

4 Caso Paniagua Morales y otros. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149.

tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita...⁵

A continuación, se hace una reseña de algunos principios que a criterio de los votos internacionales citados deben ser garantizados al aplicar la potestad sancionatoria administrativa en general:

a. Principio de legalidad: Se encuentra regulado en el artículo 9 del Pacto de San José (Convención Interamericana de Derechos Humanos). Está integrado por dos garantías nucleares y cuatro corolarios lógicos: a) garantía criminal: nadie puede ser sancionado por hechos que para la comisión de estos no eran infracción administrativa; y b) garantía penal: no pueden aplicarse sanciones administrativas que no estén previstas en la ley. En nuestro país desarrollado dicho principio mediante sentencias de la Sala Constitucional n.º 1635-90 de las 17:00 horas del 14 de noviembre de 1990, 5015-04 de las 14:53 horas del 12 de mayo de 2004, 13333-06 de las 17:36 horas del 06 de setiembre de 2006; 6350-2011 de las 14:34 horas del 18 de mayo de 2011; 962-2012 de las 09:05 horas del 27 de enero de 2012.

b. Principio de non bis in ídem (NII): corresponde a la prohibición de establecimiento de sanciones de dos procedimientos simultáneos por los mismos hechos, independientemente de que sea una causa penal con una administrativa, o bien, dos procedimientos administrativos. No obstante, el Tribunal Constitucional costarricense posibilita que se desarrollen de forma paralela varios procesos, pues las sanciones que se dicten tienen efectos diferentes en la esfera del administrado (ver sentencias n.º 7925-2010 de las 10:44 horas del 30 de abril de 2010; 13820-2014 de las 16:00 horas del 20 de agosto de 2014).

c. Principio de culpabilidad: No se puede hacer responsable a un sujeto por hechos ajenos. Se encuentra regulado en el artículo 5 del apartado II de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969).

d. Principio de presunción de inocencia: significa que para poder sancionar es necesario que haya una fase probatoria previa. Además, la carga de la prueba incumbe a quien imponga la sanción, y para imponerla debería existir una mínima actividad probatoria de cargo, lícitamente obtenida y valorada. Asimismo, la Administración debe trabajar con prueba suficiente. En este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Baena Ricardo contra Panamá del 02 de febrero de 2001, mencionado ut supra (en cuanto al tema de presunción de inocencia), aclara que, con el fin de contrarrestar o desvirtuar, es necesario desarrollar un debido proceso de acuerdo con la Convención de Derechos Humanos.

e. Principio de proporcionalidad o razonabilidad: de forma inevitable, cuando se habla de proporcionalidad o razonabilidad, se debe hacer referencia a lo definido por el Tribunal Constitucional sobre cómo debe entenderse y en ese sentido ha definido:

... esta Sala ha reconocido que el principio de razonabilidad, implica que la restricción a derechos fundamentales impone el deber de que aquella se encuentre justificada, por una razón de peso suficiente para legitimar su afectación del ámbito cubierto prima facie por el derecho fundamental de las personas. A partir de ello, este Tribunal ha reconocido que un acto limitativo de derechos fundamentales es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad -o de un determinado grupo- mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria,

⁵ cfr., inter alia, Eur. Court H.R. Ezelin judgment of 26 April 1991, Series A no. 202, para. 45; y Eur. Court H.R. Müller and Others judgment of 24 May 1988, Serie A no. 133, para. 29.

tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a (*sic*) ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende lograr en beneficio de la colectividad...⁶

Así, el operador jurídico debe partir de parámetros objetivos y razonables sobre los que legitime el ejercicio de la potestad sancionadora, se debe hacer un riguroso análisis sobre la razonabilidad en la valoración de los hechos sometidos a investigación, a fin de que la gestión administrativa no se vea menguada por la aplicación de sanciones disciplinarias desproporcionadas. Por ejemplo, ante hechos que se consideren que fueron realizados de forma negligente, imprudente o hasta con impericia por parte de un servidor público, no puede *per se* llevar la determinación de sanciones como despido, sino, que podría aplicarse otro tipo de sanciones, acorde a las faltas acreditadas.

III. Responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos

3.1 Concepto y normativa relevante

La responsabilidad de los funcionarios públicos es subjetiva emanada de la norma fundamental de la organización del Estado costarricense. Es clave el principio de legalidad contenido en el artículo 11 de Constitución Política, cuyo mandato ordena el

⁶ Voto n.º 13580-2007 de las 14:55 horas del 19 de setiembre de 2007 (en igual sentido SC 8858 del 15 de diciembre, ambas fechas de 1998; y voto n.º 66-2014 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección I de las 14:45 horas del 10 de setiembre de 2014).

sometimiento del funcionario público a la Ley. Pone un límite claro a los poderes de la administración frente al administrado. Luego se encuentra réplica de este principio en el artículo 11 de la LGAP.

En general, todos los funcionarios públicos tienen que orientar su gestión al "deber de probidad", el cual llama a un comportamiento ético, de buena fe, transparente, (artículo 3 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública -LCCEIFP-).

Por otra parte, el numeral 199 de la LGAP señala expresamente que:

Será responsable personalmente ante terceros el servidor público que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes o con ocasión del mismo, aunque sólo haya utilizado los medios y oportunidades que le ofrece el cargo.2. Estará comprendido en tales casos el funcionario que emitiera actos manifiestamente ilegales, y el que los obedeciere de conformidad con esta ley...

Se puede indicar que la diferencia entre culpa grave y dolo radica en la voluntariedad o intencionalidad de la acción u omisión, por lo que habrá dolo, cuando exista deliberada voluntad de dañar o vulnerar, y culpa, cuando medie negligencia, imprudencia o impericia.

Recordemos que el concepto de culpa grave, de acuerdo con la Enciclopedia Jurídica Básica (1995) que:

La culpa grave o lata consiste en un apartamiento de gran entidad del modelo de diligencia exigible: No prever o no evitar lo que cualquier persona mínimamente cuidadosa hubiera previsto o evitado. Puede ser grave tanto la culpa consciente como la culpa inconsciente o sin previsión. En el primer caso, siempre que el agente no haya querido ni aceptado la producción de la falta de cumplimiento o del evento dañoso previsto, pues entonces habría dolo, siquiera eventual. (p. 1865).

Por su parte, Ortiz (1970) en la discusión del proyecto de Ley General de la Administración Pública, menciona que:

...El dolo o culpa grave, que significa efectivamente una culpa que ya está muy definida por los tribunales. Dependiendo de cada caso, es aquella caso (*sic*) en dónde o intencionalmente o corriéndose un riesgo, o con obvia conciencia de que se están violando reglas elementales se causó un daño. En esos casos nosotros considera (*sic*)... y además conveniente para el buen andamiento de la administración, desde el punto de vista y que crea cuidado y responsabilidad en un funcionario y que éste sea responsable personalmente ante el particular por el daño que le causa. Aparte de la responsabilidad disciplinaria que pueda tener, éste señor le va a responder en primer término al ofendido por el daño que le causó. En segundo término le va a responder a administración si la administración tiene que pagarle al particular. En un freno para el descuido la negligencia grave de la administración, en el desempeño de sus funciones. (p.10)

Sobre el concepto de culpa grave, se distingue entre la culpa leve u ordinaria y la culpa grave o lata. Esta última se refiere al apartamiento de gran entidad del modelo de diligencia exigible, ya sea no prever o no evitar lo que cualquier persona con un mínimo de cuidado hubiera previsto o evitado. Si el sujeto pasivo provoca un daño o lesión a la Hacienda Pública o emite actos manifiestamente ilegales, es compelido a ejecutar actos irregulares y los obedece sin objeción u ordena la ejecución de actos absolutamente nulos. Demuestra una clara violación del ordenamiento jurídico, que podría derivar responsabilidades personales en el ámbito civil, administrativo (disciplinario) y eventualmente penal, siempre que haya actuado con dolo o culpa grave en el desempeño de sus deberes u obligaciones. Estos tres tipos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible al sujeto pasivo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo contemplado en las diferentes normas de carácter especial que regulan materias específicas dentro del ordenamiento jurídico en Costa Rica, existen algunos casos donde la LGAP expresamente califica la gravedad de la infracción, supuestos que colaboran a entender la doctrina de la responsabilidad de los sujetos pasivos.

Así, por ejemplo, se hace referencia a los siguientes numerales: 91, el delegante tiene la obligación de vigilar la gestión del delegado, por lo que puede ser responsable con éste por culpa en la vigilancia, y habrá lugar a la culpa en la elección cuando ésta haya sido discrecional; 108, quien no ejerza el deber de desobedecer; 109, quien ejecute un acto que produzca daños graves de imposible o difícil reparación; 114, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes, se considera irregular desempeño todo acto, hecho u omisión que por culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados; 118, el funcionario de hecho es responsable por los daños que cause su conducta; 122, quien viole los reglamentos internos en perjuicio del particular; 127, quien no dicte expresamente dentro de los plazos establecidos la resolución que agota la vía administrativa; 146, quien ejecute un acto ineficaz o absolutamente nulo; 150, quien ejecute un acto administrativo sin la anterior debida comunicación del acto principal; 158, quien dicte un acto administrativo con infracciones sustanciales; 170, quien ordene ejecutar un acto absolutamente nulo; 173, quien anule administrativamente un acto, sea por omisión de las formalidades previstas o por no ser la nulidad absoluta, evidente y manifiesta; 176, quien desobedezca o incumpla el acto relativamente nulo; 177, quien adopte un acto relativamente nulo con dolo o culpa grave; 199, quien emita actos manifiestamente ilegales y el que los obedeciere; 210, quien produzca daños a la Administración, aunque no haya producido a un tercero; 211, quien ejerza acciones, actos o contratos opuestos al ordenamiento, así como también será responsable su superior; 212, el delegante cuando ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado; 225, quien incurra en retardo grave e injustificado en la conclusión de un procedimiento administrativo; 237, quien actué aunque concurren motivos de abstención; 263, quien incurra en retardo grave en el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley; y 296, quien en el despacho de los expedientes no guarde un orden riguroso de presentación.

Se debe insistir, en el sentido de que la anterior lista de artículos que enmarcan o tipifican conductas que podrían generar responsabilidad de los funcionarios no es una lista taxativa o acabada, dado que de su texto podrían surgir otras más, aunado a otras conductas

contempladas en todo el marco normativo que regula el tema de la responsabilidad subjetiva de los funcionarios públicos y que se ha desarrollado en el punto 1.2 de este artículo.

Es así, como en todos los supuestos e incluidos la omisión de actuar con una diligencia debida, o la omisión de un deber funcional, es indispensable analizar cada caso y verificar si el sujeto pasivo actuó con culpa grave o dolo, en aras de determinar su responsabilidad administrativa.

Con lo anterior, podemos concluir que la responsabilidad subjetiva siempre irá de la mano con el concepto culpa grave (al menos), pues sin este componente no podría determinarse la responsabilidad del funcionario.

3.2 Tipos de responsabilidad

La sumisión de un marco jurídico de los funcionarios públicos se justifica porque el empleado público tiene, por la naturaleza de su actividad, una serie de derechos y obligaciones que no afectan (en los mismos términos) a los empleados del sector privado, como es la fidelidad a la Constitución, incompatibilidades, imparcialidad, especial probidad y dignidad, consideración con el público, entre otros. Estos deberes trascienden de la esfera del interés de la propia administración como organización y que afectan a principios generales del orden constitucional.

Cabe mencionar que la doctrina ha establecido las relaciones de sujeción especial las cuales buscan facilitar el funcionamiento administrativo en supuestos fáctico-jurídicos que podrían estar vinculados con el tema en cuestión. En tal sentido, de acuerdo con Rojas (2005) estas relaciones son:

...una categoría jurídica que tiene validez en el ordenamiento jurídico costarricense que permite el fortalecimiento de la posición de la Administración Pública frente al administrado, como consecuencia del desarrollo de una relación jurídico administrativa que crea un espacio jurídico de naturaleza especial. (p. 146)

Así, los funcionarios públicos, en el desempeño de las atribuciones asignadas, pueden incurrir en tres tipos básicos de responsabilidad:

- a. La penal, que se desprende de la ejecución de actos o hechos penalmente sancionables.
- b. La civil, que parte de la premisa de quien causa un daño a otro debe repararlo junto con los perjuicios.
- c. La administrativa o disciplinaria, como aquella que se atribuye a un funcionario público que en su relación de servicio con la Administración Pública, infringe con su conducta, activa o pasiva, una o más normas de carácter administrativo, lo que provoca con su accionar doloso o culposo, una lesión al buen ejercicio del cargo o deber público al que se encuentra obligado.

Estos tres tipos básicos de responsabilidad se pueden exigir conjunta o separadamente y se podrían derivar de un mismo acto o hecho atribuible al funcionario, sin que ello implique que se infringe el principio *non bis in idem*.

En ese sentido, la Sala Constitucional en el voto número 942 de las 9:20 horas del 23 de enero del 2015, señaló:

...Al respecto es menester señalar que, reiteradamente, este Tribunal ha sostenido la tesis de que no existe tal prejudicialidad del procedimiento penal sobre el procedimiento administrativo disciplinario, toda vez que las actuaciones que se examinan en cada sede, acarrear responsabilidades distintas, por lo que un sobreseimiento o aún una absolutoria en sede penal, no prejuzga sobre la posible responsabilidad moral, ética o profesional, en este caso, del investigado en sede administrativa, y en general, de las responsabilidades derivadas del accionar lícito o ilícito de los funcionarios u operadores, sometidos a este tipo de regímenes disciplinarios. Además, y relativo al *non bis in idem*, es de aplicación lo antes dicho, pues estamos ante faltas distintas, cuyo régimen sancionatorio y de responsabilidades es igualmente diferente, y no es novedad que un mismo hecho pueda generar

distintas responsabilidades y consecuencias jurídicas en la esfera de derechos de una misma persona, lo que no implica, según se ha reiterado también por este Tribunal, una doble sanción respecto de un mismo hecho (Resolución No. 2010-014346 de las 10:58 horas del 27 de agosto del 2010).

Así pues, en nuestro país a un funcionario público que se deba enfrentar a una investigación por supuestos hechos irregulares dentro de sus funciones, se le puede incoar un procedimiento administrativo o civil paralelamente al penal.

IV. Procedimiento administrativo sancionatorio

4.1 Normativa y principios rectores

Los principios que rigen dicho procedimiento son los siguientes:

a. Intimación e imputación: intimación consiste en el acto por medio del cual se le da a conocer una denuncia formal al funcionario. La imputación constituye el derecho a una acusación formal, donde se precise en detalle, la forma precisa y la manera clara que se imputa el hecho.

b. Informalidad: en materia del procedimiento administrativo, de conformidad con el artículo 224 de la LGAP, las normas de esa ley deberán interpretarse de forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados (ver Voto Sala Constitucional 13140-2003 de las 11: 50 horas del 27 de febrero 2003).

c. Motivación de los actos administrativos: es una obligación para la administración y un derecho frente al administrado motivar los actos administrativos. Esto quiere decir, que tiene que indicarse cuál es la valoración del contexto que lleva a la administración a adoptar una posición. Esto se encuentra desarrollado en los artículos 129, 136, 220, 274 y 335 de la LGAP.

d. Comunicación de los actos: todo proceso administrativo nace jurídicamente a la vida a partir del momento que se comunica o notifica según lo indica la ley. Esto se encuentra en el artículo 239 LGAP.

e. Celeridad: los procedimientos administrativos deben cumplirse en los plazos establecidos. Esto por disposición del artículo 41 de la Constitución Política que preceptúa el principio de la justicia pronta y cumplida.

f. Oralidad: este principio se materializa cuando se realiza la audiencia oral y privada con la administración, momento idóneo para el "contradictorio" y ofrecer prueba de descargo. Esto se desprende de los artículos 309 al 318 LGAP.

g. Derecho a los recursos: derecho del funcionario a interponer los recursos administrativos según la ley frente al acto final del proceso (artículo 345 de la LGAP).

h. Verdad real: el objeto o fin más importante del procedimiento administrativo es buscar y verificar la verdad real de lo acontecido, sea favorable o desfavorable para el intimado. Legalmente está contenido en los artículos 214 párrafo 2º, 221, 297 párrafo 1º y 321 párrafo 1º todos de la LGAP.

i. Debido proceso: es más una garantía procesal, que pretende dar validez a los actos y al procedimiento. La Sala Constitucional estimó que el debido proceso está compuesto entre otros por:

a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho de ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los

motivos en que ella se fundamente y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada...(Ver además votos de la Sala Constitucional en el voto 15-90 de las 16:45 horas del 05 de enero de 1990, reiterado en sentencias 747-91 de las 14 horas del 19 de abril de 1991; 7881 de las 9:32 horas del 17 de junio de 2011; 884 de las 9:40 horas del 24 de enero de 2014).

j. Inocencia: este principio se deriva del artículo 39 constitucional y significa que toda persona tiene derecho a que se le considere inocente, desde que se inicia un procedimiento disciplinario hasta el dictado de la resolución final en firme que determine su culpabilidad, siendo deber de la Administración el desvirtuar dicho principio de inocencia, y probar que la persona es culpable, no existiendo de parte del intimado la carga de demostrar su no participación en los hechos o, en su defecto, la actividad probatoria de su inocencia (ver votos de la Sala Constitucional 1739-92 de las 11:45 horas del 01 de julio de 1992; 2109-98 de las 17:24 horas del 25 de marzo de 1998; 10198-2001 de las 15:29 horas del 10 de octubre de 2001; 13140-2003 de las 14:37 horas del 12 de noviembre de 2003).

k. Acceso al expediente: este principio regula el derecho que tienen las partes del procedimiento administrativo, sus representantes o cualquier abogado de examinar, leer y fotocopiar cualquier pieza del expediente, en garantía del mejor ejercicio del derecho de defensa. Asimismo, otras personas que no son las partes o sus abogados tienen derecho a acceder sin al expediente administrativo, cuando exista o acrediten un derecho subjetivo o interés legítimo, como acontece en aquellos casos en donde la conducta desplegada por el funcionario intimado afectó a un tercero, como es el caso típico de las víctimas de acoso sexual (Voto de la Sala Constitucional n.º 6037-2002 de las 15:23 horas del 18 de junio de 2002) o un denunciante cualificado.

4.2 Principales etapas del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo, por encontrarse vinculado con el derecho de defensa, tiene tres fases procedimentales: una de instrucción, otra de decisión y, finalmente, la fase recursiva.

En el Derecho administrativo sancionador existen dos órganos distintos: el instructor y el decisor. Este último a su vez puede instruir directamente el procedimiento o en su defecto delegar en un órgano director).

El órgano que resuelve tiene que estar previsto normativamente; sin embargo, el instructor no tiene por qué estar previsto y puede ser determinado de la siguiente forma: a) porque haya norma expresa; y b) porque es nombrado por quien incoa el procedimiento.

Valga aclarar, que ordinariamente corresponde este rol al jerarca, a menos que organizativamente se encomiende a otro órgano y el jerarca conozca en alzada.

El procedimiento administrativo sancionatorio-disciplinario puede iniciar por distintos motivos, usualmente por medio de la decisión del órgano competente que recibe la noticia de una posible infracción y la orden debe contener una probabilidad cualificada de que la infracción se haya cometido. También puede darse por petición de otro órgano administrativo no jerárquico, cuando un órgano pide a otro el inicio. En este caso se debe informar si se inicia o no y, si no le compete, igualmente debe informar.

Este procedimiento también puede iniciar por decisión judicial, cuando los jueces de lo contencioso detectan que la administración no ha ejercido su potestad y la obliga a ejercerla con base en el artículo 200 de la Ley General de la Administración Pública la cual cita:

Artículo 200.-1. Siempre que se declare la invalidez de actos administrativos, la autoridad que la resuelva deberá pronunciarse expresamente sobre si la ilegalidad era manifiesta o no, en los términos de artículo 199.2. En caso afirmativo, deberá iniciar de oficio el procedimiento que corresponda para deducir las responsabilidades consiguientes”.

Luego del nombramiento del órgano instructor, se inicia el procedimiento, con el correspondiente comunicado donde se les da a conocer al investigado o a varios encausados sobre los hechos la puesta en conocimiento del investigado (o varios encausados), de los hechos que se les atribuyen como generadores de responsabilidad administrativa, lo cual se realiza través de un acto administrativo denominado traslado de cargos que debe contener: la individualización de los presuntos responsables, hechos, las pruebas de cargos, las posibles consecuencias en caso de determinarse la existencia de la responsabilidad atribuida, recursos que caben contra ese traslado de cargos y órganos encargados de resolverlos, nombre y firma del órgano instructor así como de sus suplentes y la fecha de la comparecencia oral.

El día de la audiencia, de conformidad con el artículo 317 de la LGAP, la parte tendrá el derecho y la carga durante esta de efectuar lo siguiente: ofrecer prueba, obtener su admisión y trámite cuando sea pertinente y relevante, pedir confesión a la contraparte o testimonio a la Administración, preguntar y repreguntar a testigos y peritos suyos o de la contraparte, aclarar, ampliar o reformar su decisión inicial. Esta decisión puede consistir en: proponer alternativas y sus pruebas y, finalmente, formular conclusiones de hecho y de derecho.

Finalizada tal audiencia, el órgano instructor, puede pedir prueba para mejor resolver. Si no es así, emite un informe de actuaciones al órgano decisor, donde recomienda en torno a la determinación de la sanción por aplicar o absolutoria de la parte.

4.3 La decisión administrativa (acto final)

Como se indicó, el resultado del procedimiento será la emisión de un acto administrativo que impondrá una sanción o absolverá al investigado. Este acto debe tener una serie de contenidos: un relato de los hechos, la valoración de las pruebas y la sanción que se considera derivada de la fase de instrucción. Además, se debe hacer alusión a la responsabilidad patrimonial si existiera.

El acto administrativo que incluye la sanción y responsabilidad puede incluir también la adopción de medidas cautelares para asegurar la eficacia de la sanción, las que se pudieron adoptar con anterioridad a dicho acto con el fin de asegurar la eficacia de la sanción. Ahora en caso, de que se absuelva al presunto responsable el levantamiento en principio es automático, y conviene indicarlo.

La sanción es un acto administrativo y como tal se somete a las reglas de procedimiento. En la motivación se debe aludir a todas las circunstancias que se han tenido en cuenta para la determinación o no de la responsabilidad que se haya intimado a la persona.

V. Mecanismos complementarios para la eficacia de la potestad sancionatoria

5.1 Medidas cautelares

Tanto en los procesos judiciales como en los procedimientos administrativos, se debe velar por el principio constitucional de la tutela efectiva (artículos 9, 11, 27, 33, 41, 49, entre otros de la Constitución Política); esto es la tutela judicial efectiva y, por ende, resguardar la tutela administrativa efectiva. En muchos casos sucede que, en ambas sedes, el tiempo que transcurre en su tramitación puede generar que el derecho reclamado sea nugatorio o ineficaz, se entorpezca o dificulte la función del órgano o ente competente o que la permanencia de una situación jurídico-administrativa lesione o amenace los intereses de las partes.

La doctrina ha considerado que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares. En el primer caso, se dice que las medidas cautelares son instrumentales porque no son un fin en sí mismo, sino una herramienta al servicio de los fines de justicia del proceso judicial o del procedimiento administrativo que en su oportunidad producirá una resolución definitiva que resuelva un determinado conflicto. Asimismo, se ha indicado que las medidas cautelares son provisionales porque responden

a situaciones temporales, las cuales pueden ir variando en el curso del proceso judicial y eso exige que una determinada medida cautelar pueda ser eliminada, modificada o sustituida cuando deje de cumplir el fin que la originó.

Carnellutti (1962) señaló que:

...las reglas del Derecho no están recluidas en los códigos como en una vitrina; están operando en la vida, esto es, gobernando la vida de los hombres donde para conocerlos no basta conocer la fórmula ni aprender la historia. // Hay que verlos operar, es decir, ver cómo se comportan los hombres respecto a esa regla, no sólo aquellos a quienes toca mandar sino también aquellos a quienes corresponde obedecer. Solamente así las leyes muestran no tanto su apariencia como su sustancia, es decir, su verdadero valor... (p. 19)

Por su parte, De la Sierra (2004) nos señala que, en sentido estricto, el término hace referencia a que:

...las medidas instrumentales que pueden ser acordadas por el juez en un procedimiento, para proteger provisionalmente los bienes, derechos o intereses de las partes y de esta manera evitar que la resolución final del proceso se vea desprovista de su objeto. Sus características son la instrumentalidad, la provisionalidad y, en ciertos casos, la homogeneidad con las medidas de ejecución de la resolución judicial. (p.42)

El jurista costarricense Jinesta (1996) indica que son:

...aquellas resoluciones sumarias cuya función consiste en garantizar la eficacia o efectividad práctica de la sentencia de mérito, caracterizadas por su instrumentalidad en relación con el proceso principal y efectos provisionales, adoptadas en virtud de una cognición sumaria urgente, los presupuestos de su concesión son: el periculum in mora y el fumus boni iuris(...)" (p.156)

Jinesta también destaca que la función de la medida cautelar está preordenada a la eficacia de la sentencia definitiva, lo cual evita que el tiempo convierta en

inútil el fallo final y que ocurra un daño irreparable en la situación particular de la parte, pues en tal caso la solución final sería, al decir de Calamandrei (2001), como "el medicamento que lentamente elaborado llegaría a un enfermo ya muerto" (p. 588)

Procede incluso en fase de ejecución de sentencia o de ejecución del acto administrativo firme y favorable (arts. 19 y 176 del Código Procesal Contencioso Administrativo- CPCA). Sin embargo, no solo durante un procedimiento disciplinario pueden aplicarse medidas cautelares, sino también en la fase previa de investigación preliminar.

Así por ejemplo si de un informe de auditoría hay elementos de juicio suficientes para valorar que los investigados podrían en un grado importante de probabilidad ser responsables de determinadas situaciones irregulares, es posible como medida cautelar separarlos temporalmente del cargo, con pago de remuneración, como modo de asegurar que se realice la investigación y la recopilación de pruebas respectivas en las mejores condiciones. La suspensión del servidor con goce de salario, mientras dura una investigación administrativa, no requiere de audiencia previa al servidor.

- a. Deben tenerse presente, entonces, los siguientes elementos para su adopción:
- b. Que del expediente se desprendan elementos de juicio suficientes que motiven la necesidad de tomar la medida cautelar.
- c. Que se motive adecuadamente la decisión.
- d. Debe ponderarse el eventual resultado del procedimiento.
- e. Debe ser necesaria para la satisfacción del interés público.
- f. Debe ser debidamente comunicada.
- g. Se debe otorgar a la parte la posibilidad de interponer los recursos procedentes, los cuales deberán ser debidamente resueltos por los órganos competentes.

- h. Si se ha impuesto una medida cautelar, es necesario que el procedimiento se lleve a cabo, en un plazo razonable, es decir lo más expeditamente posible por los efectos que ello produce.
- i. Una medida cautelar injustificada, irrazonable o desproporcionada puede conllevar la responsabilidad de la Administración.
- j. No puede ser indefinida.

5.2 Propuestas alternativas en el desarrollo del procedimiento administrativo: algunas interrogantes

En Costa Rica, tal y como se expuso en líneas precedentes, en el inciso e) del artículo 317 de la Ley General de la Administración Pública, se cita que, dentro del procedimiento administrativo, la parte puede: "(...) e) proponer alternativas y sus pruebas; (...)".

Este tema podría confundirse con la aplicación de medidas alternas de resolución de conflictos, ante las cuales la Procuraduría General de la República ha asumido la posición de que "la Administración Pública tiene la posibilidad genérica de utilizar los mecanismos dispuestos en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos para solucionar sus controversias"(Dictamen C-388-2008 del 28 de octubre del 2008; dictamen C-024-2009 del 4 de febrero del 2009; dictamen C-273-2010 del 23 de diciembre de 2010).

También la Sala Primera de la Corte, en resolución n.º 069-2005, de las 11:10 horas del 9 de febrero del 2005, señaló:

(...)VII.-La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional." (El subrayado no es del original)".

Por otra parte, el artículo 72 del CPCA hace alusión a utilizar mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito estatal, de tal forma que "La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada".

Lo anterior, se considera, no puede llevar a concluir que estas medidas son de aplicación sine qua non al caso de procedimientos administrativos disciplinarios y/o de hacienda pública, aunado a que el presente artículo no pretende definir una línea de acción para las Administraciones en la aplicación de propuestas alternativas en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, se debe ser enfáticos, en que el deber ser del operador jurídico, es actuar con apego al artículo 3 de la LCCEIFP, el cual establece que los funcionarios públicos están obligados a orientar su gestión a la satisfacción del interés público, asegurarse que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad, a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña, así como administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia.

Por tanto, si existieran algunos supuestos donde resulte factible la adopción de alguna medida alternativa, como puede ser particularmente en el ámbito patrimonial, siempre que se tutelen adecuadamente los intereses de la Hacienda Pública, lo cierto es que dicha posibilidad debe valorarse de forma muy distinta ante casos que implican el ejercicio del poder disciplinario sancionador del Estado sobre un funcionario infractor del ordenamiento jurídico, pues la apertura de todo procedimiento administrativo lleva consigo la decisión de corrección de la conducta del supuesto infractor o su absolución (si se lograra comprobar su inocencia). Sin embargo, la Administración no podría negociar la no aplicación de la sanción o aceptar propuestas alternativas que impliquen evadir la medida disciplinaria que debe aplicarse en su caso, pues la Administración debe ser rigurosa en la valoración de los hechos y debe aplicar lo que el ordenamiento jurídico dispone, acorde además con criterios de razonabilidad y proporcionalidad de frente a las consideraciones fáctico-jurídicas que medien en el asunto.

5.3 Cláusula de clemencia y la figura del delator en el procedimiento administrativo español

En España, las leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) entraron en vigor el 2 de octubre del 2016 e introdujeron numerosas novedades en la regulación básica de la potestad sancionadora de la Administración.

Los programas de clemencia consisten principalmente en la exención de una sanción (pecuniaria o no) al denunciante que, siendo responsable de la infracción denunciada por haber participado en su comisión (junto con otros infractores), sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre que en el momento de aportar dicha información la Administración no disponga de elementos de prueba suficientes y se repare el perjuicio causado (Romero, 2015).

Es una figura que surgió entre los años 1970 y 1980 en Italia, en un intento por luchar contra el control de las mafias. El nombre técnico de esta figura es el de "collaboratori di giustizia" (colaborador de la justicia) y se utilizaba para aquellas personas que habiendo formado parte previamente de organizaciones criminales o terroristas, tras ser arrestadas deciden arrepentirse y colaborar con el sistema judicial para ayudar en la investigación (Romero, 2015).

Estamos hablando por lo tanto de una figura que se ha llevado desde el ámbito penal al administrativo, eso sí, con sus matices, lo cual no significa que no estemos ante otro caso más en el que el derecho penal deja su sello en el ámbito administrativo.

En España, la nueva regulación de la potestad sancionadora muestra un carácter muy protector hacia el patrimonio de las administraciones públicas. Junto a la exclusión de la aplicación de los principios sustantivos a las infracciones reguladas por la legislación patrimonial, en materia de procedimiento, la LPAC incentiva la delación de cualquier infracción susceptible de causar

un perjuicio al patrimonio de las administraciones públicas, en especial mediante la previsión de la posibilidad de condonación o reducción de la sanción por la colaboración del infractor en su persecución.

En ese sentido, llama la atención el artículo 62 de la Ley Española vigente, que establece:

Se introduce para estas infracciones la posibilidad del infractor de eximirse del pago de la multa o de obtener una reducción cuando, existiendo otros infractores, denuncie y sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, o facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que ya disponga la Administración.

Por su parte, el artículo 85 indica:

Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda. 2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción. 3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.

VI. Conclusiones

El conflicto del derecho disciplinario en cuanto a la eficacia de la potestad sancionatoria de la administración es un tema de actualidad, que genera dentro de la ciudadanía, la percepción de una inadecuada gestión de los procedimientos administrativos.

Debe partirse de que el derecho conlleva una finalidad inmediata: la eficacia, la cual se traduce en que se haga cumplir con lo dispuesto por la ley; de lo contrario, sus mandatos carecerían de vigor para obligar a los administrados.

En la praxis administrativa, adquiere un papel trascendente la acción de los funcionarios, quienes son, en definitiva, los ejecutores de tales normas y a quienes se les confía su correcto cumplimiento, ya que deriva en situaciones de desencanto ciudadano por la gran corrupción que se percibe, pues pareciera que el derecho disciplinario que no se efectúa como se debe; es decir, no es totalmente eficaz.

La Administración Pública y el procedimiento administrativo sancionador disciplinario deben propiciar respuestas razonables y proporcionales según la gravedad de los hechos y proveer la garantía de que los funcionarios que cometan faltas sean llamados a rendir cuentas, y su conducta, valorada con todas las circunstancias fáctico jurídicas que rodean la situación a fin de que el resultado del proceso sea producto de una justicia ajustada a los principios que inspiran el Derecho Administrativo y oportuna en beneficio del interés público.

El aparato estatal es un conjunto de sistemas con principios, orden y coherencia (ninguna actividad pública o privada puede ser contraria al bienestar general), por lo que esta debe ser gestionada por los funcionarios formalmente designados para ello. Esto implica la aceptación y cumplimiento de principios que se desarrollen a partir de la legislación y jurisprudencia interna de cada país e imperativo en repúblicas que hayan suscrito convenios internacionales (caso de Costa Rica) y que hayan adquirido el compromiso de garantizar que las reglas establecidas sean de aplicación estricta y con mucha más razón cuando el bien tutelado esté relacionado con el de la colectividad.

Ante las reflexiones expuestas, el operador jurídico debe garantizar el principio de razonabilidad en la valoración de acciones u omisiones en que incurran los funcionarios públicos y valorar rigurosamente si nuestro ordenamiento jurídico posibilita la aceptación de propuestas alternativas para resolver asuntos en sede administrativa.

VII. Referencias

- Asamblea Legislativa. Acta N. º 104 de la Comisión Permanente de Gobierno y Administración de 3 de abril de 1970, pág. 10.
- Calamandrei, Piero. (2001). *Inventario della casa di campagna*, Montepulciano (SI), Le Balze, 2001, p. 588
- Camacho Méndez, Raúl y Figueroa Gómez, Ramón. (2004) *La Potestad Sancionatoria de la Contraloría General de la República*. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: UCR, Facultad de Derecho, p. 20-24
- Carnelutti Francesco. *Metodología del Derecho*. Traducción del Dr. Ángel Osorio, 2ª edición, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, México, D.F., 1962, p.19.
- Chinchilla Marín, Carmen. *Tutela Cautelar*. En: LEGUINA VILLA Jesús y SÁNCHEZ MORÓN Miguel Dirs. y otros. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*. 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2001, p. 588.
- Código Municipal
- Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada hasta el 03 de febrero de 1970
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, Sentencia 8 de marzo de 1998, Serie C No 37.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Garantías judiciales en estados de emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.
- De La Sierra Susana. (2004). Tutela cautelar contencioso – administrativa y derecho europeo, un estudio normativo y jurisprudencial. Thompson – Aranzadi, Navarra, España, p. 42.
- Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen II, Editorial Civitas, España, 1995, pág. 1865
- Escola, Héctor. (1984). Compendio de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editorial Desalma. p. 207
- Garberi Llobregat, José. (1989). La aplicación de los derechos y las garantías constitucionales a la potestad y el procedimiento administrativo sancionador, Madrid, Trivium.
- González Camacho Óscar Eduardo. La Justicia Administrativa. Tomo III, Medidas cautelares positivas, IJSA, 2002, San José, Costa Rica, p. 16.
- Jinesta Lobo Ernesto. (1996). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso – administrativo. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica, p. 156.
- Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública
- Ley de Contratación Administrativa
- Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria
- Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público
- Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos
- Ley Española 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el 2 de octubre del año 2016
- Ley Española 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), del 2 de octubre del año 2016
- Ley General de Control Interno
- Ley General de la Administración Pública.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República
- Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesiario de Derecho Administrativo. Edición Mimeografica. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.
- Procuraduría General de la República. (2003). Opinión Jurídica: 167 - J. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2004). Dictamen 229. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2005). Opinión Jurídica: 139-J. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2009). Dictamen 024. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2010). Dictamen 273. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2000). Dictamen 276. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2008). Dictamen 338. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Reglamento de organización y servicio de las potestades disciplinaria y anulatoria en Hacienda Pública de la Contraloría General de la República.
- Rojas Franco, Enrique. Participación ciudadana en el derecho administrativo costarricense. Artículo publicado en Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo. Año 5, N.º 5. 2005. San José, Costa Rica. Las Asociaciones y el Instituto, 2005, p.146.

- Romero Gómez, Federico. (2015). "Reflexiones sobre la ley 39/2015 del 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas: Hacia una nueva posición de los ciudadanos en el procedimiento" Revista Aranzadi Doctrinal 11, diciembre 2015, pp. 51-57.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1992). Resolución N. ° 1739-1992 de las 11:45 horas del 01 de julio de 1992. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1990). Resolución N. ° 1635-90 de las 17:00 horas del 14 de noviembre de 1990. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1990). Resolución N. ° 15-1990 de las 16:45 horas del 05 de enero de 1990. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1991). Resolución N. ° 747-1991 de las 14 horas del 19 de abril de 1991. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1998). Resolución N. ° 8858-1998 del 15 de diciembre de 1998. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (1998). Resolución N. ° 2109-1998 de las 17:24 horas del 25 de marzo de 1998. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2001). Resolución N. ° 10198-2001 de las 15:29 horas del 10 de octubre de 2001. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2002). Resolución N. ° 6037-2002 de las 15:23 horas del 18 de junio de 2002. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2003). Resolución N. ° 13140-2003 de las 11: 50 horas del 27 de febrero 2003. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2003). Resolución N. ° 13140-2003 de las 14:37 horas del 12 de noviembre de 2003. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2004). Resolución N. ° 2199-2004 de las 12:59 horas del 27 de febrero de 2004. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2004). Resolución N. ° 5015-04 de las 14:53 horas del 12 de mayo de 2004. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2006). Resolución N. ° 13818-2006 de las 15:11 horas del 19 de setiembre de 2006. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2006). Resolución N. ° 13333-06 de las 17:36 horas del 06 de setiembre de 2006. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2007). Resolución N. ° 13580-2007 de las 14:55 horas del 19 de setiembre de 2007. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2010). Resolución N. ° 7925-2010 de las 10:44 horas del 30 de abril de 2010. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2011). Resolución N. ° 4203 de las 17:47 horas del 29 de marzo de 2011. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2011). Resolución N. ° 6350-2011 de las 14:34 horas del 18 de mayo de 2011. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2012). Resolución N. ° 962-2012 de las 09:05 horas del 27 de enero de 2012. San José, Costa Rica.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2014). Resolución N. ° 13820-2014 de las 16:00 horas del 20 de agosto de 2014. San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2014). Resolución N.º 7881 de las 9:32 horas del 17 de junio de 2011. San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2014). Resolución N.º 884 de las 9:40 horas del 24 de enero de 2014. San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2015). Resolución N.º 9422015 de las 9:20 horas del 23 de enero del 2015. San José, Costa Rica.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2005). Resolución N.º 069-2005, de las 11:10 horas del 9 de febrero del 2005. San José, Costa Rica.

Sánchez Sánchez, Zulima. (2016) La Potestad Administrativa Sancionadora: la tutela de los intereses generales y del Estado de Derecho"; Revista de Derecho de la Hacienda Pública, edición VI

Tribunal Contencioso Administrativo Civil y de Hacienda (2014). Resolución N.º 66-2014 de las 14:45 horas del 10 de setiembre de 2014, de Sección II. San José, Costa Rica.



Jennifer Isabel Arroyo Chacón¹

Las potestades de fiscalización sobre los diferentes tipos de sujetos privados **que reciben fondos públicos**

Sumario

- I. Resumen.
- II. Introducción
- III. Potestad del órgano contralor de fiscalizar los fondos públicos. 1. Sujetos privados custodios o administradores de fondos públicos 2. Sujetos privados receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación.
- IV. Régimen de control interno aplicable 1. Sujetos privados custodios o administradores de fondos públicos 2. Sujetos privados receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación.
- V. Potestades de fiscalización de las auditorías internas y el órgano contralor.
- VI. Régimen sancionatorio aplicable a los sujetos privados que reciben fondos públicos
- VII. Reflexiones finales.
- VIII. Conclusiones
- IX. Referencias.

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



I. Resumen

El ordenamiento jurídico costarricense permite que el Estado traslade fondos públicos a sujetos privados para que estos desarrollen una actividad que puede considerarse como de interés público. Este traslado de recursos puede darse en dos condiciones claramente diferenciadas; es decir, existen dos tipos de sujetos privados que reciben fondos públicos que son:

- a. Custodios o administradores de fondos públicos.
- b. Receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación.

Los sujetos privados que fungen como custodios o administradores de fondos públicos son aquellos que reciben recursos del Estado, los cuales nunca pierden la naturaleza de fondos públicos. Este tipo de sujetos privados encuentran su asidero legal en el artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Por su parte, los receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación son aquellos sujetos privados que reciben fondos públicos, en virtud de que la actividad que realizan resulta de interés para el Estado. Por lo tanto, los fondos pierden su carácter público y la fiscalización que se ejerce es del cumplimiento de los fines y objetivos de la entidad que justificaron el traslado de dichos recursos.

Esta clasificación posee implicaciones importantes: en el tema de los mecanismos de control, los custodios o administradores de fondos públicos están obligados a acatar la Ley General de Control Interno y las normas que emita la Contraloría General de la República en la materia, como por ejemplo, las Normas de Control Interno para los sujetos privados que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos. Por el contrario, a los receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación, no les resulta aplicable la Ley General de Control Interno, sino que poseen su propio régimen de control establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y las circulares que emita el órgano contralor para regularlos tales como las circulares números 14298, 14299 y 14300 relativas

a las regulaciones sobre la fiscalización y control de los beneficios patrimoniales, gratuitos o sin ninguna contraprestación, otorgados a sujetos privados.

El régimen de responsabilidad aplicable también es diferente, dado que a los custodios o administradores de fondos públicos se les aplica las causales de responsabilidad y sanciones de la Ley General de Control Interno, mientras que los receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación poseen su propio régimen de responsabilidad regulado en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Pese a lo anterior, la Contraloría General de la República mantiene sus potestades de fiscalización y sancionatorias sobre ambos tipos de sujetos privados, según el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley General de Control Interno.

II. Introducción

El ordenamiento jurídico costarricense permite la participación de sujetos privados en el ejercicio de actividades que el Estado considera de interés público y, por ende, pueden recibir fondos públicos.

Ahora bien, aun cuando en ocasiones se tiende a confundir el marco jurídico que regula a los sujetos privados que reciben fondos públicos, lo cierto es que existen dos tipos claramente diferenciados: custodios o administradores de fondos públicos y los receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación.

Estos tipos de sujetos privados que reciben fondos públicos poseen un marco de regulación claramente diferenciado, que posee repercusiones tanto en su fundamentación jurídica, como en el sistema de control y el régimen de responsabilidad y sanciones aplicables.

Por lo tanto, el interés de este documento es detallar las peculiaridades de cada uno y clarificar su distinción, a fin de contribuir a corregir la práctica de referirse a ambos sujetos de manera indistinta, cuando responden a supuestos fácticos y jurídicos diferentes.

III. Potestad del órgano contralor de fiscalizar los fondos públicos trasladados a sujetos privados

Existen múltiples supuestos bajo los cuales el ordenamiento jurídico costarricense le permite a una institución pública transferir fondos públicos a un ente privado, con el fin de que estos ejecuten una labor que resulta de interés para el Estado; es decir, que persiguen un fin público y que, por ende, ameritan el apoyo estatal.

Ante esta transferencia de fondos públicos, surge la duda sobre cuáles potestades de fiscalización posee el órgano contralor, en virtud de que se trata de sujetos privados, sobre los cuales en principio no se posee competencia, pero que reciben fondos públicos que integran la Hacienda Pública la Contraloría está obligada a fiscalizarlos.

La respuesta a esta inquietud la encontramos en la Ley n.º 7428 denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, donde se ubican dos normas que permiten diferenciar, en términos generales, los distintos supuestos bajo los cuales el órgano contralor ejerce fiscalización sobre los fondos públicos trasladados a sujetos privados.

El primer supuesto se encuentra en el artículo 4 de la citada ley, donde se establece que el órgano contralor posee competencia sobre los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Asimismo, este numeral también señala que posee competencia facultativa sobre distintos entes, de importancia para el presente documento el inciso b) que a la letra dice: “b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicas que indica esta Ley” (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1994),

El segundo supuesto se encuentra en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo, titulado “Control sobre fondos y actividades privados”, que se refiere a los sujetos privados que reciben beneficios patrimoniales, gratuitos y sin contraprestación, cuyo régimen de control está regulado con los numerales 6 y 7 siguientes.

De lo anterior se puede apreciar que nuestro ordenamiento jurídico les reconoce a los sujetos privados su participación como custodios o administradores -por cualquier título- de actividades y fondos públicos, pero también como receptores de beneficios patrimoniales, gratuitos o sin ninguna contraprestación a partir de la liberación de obligaciones, con consecuencias jurídicas distintas para cada uno.

3.1 Sujetos privados custodios o administradores de fondos públicos

Los sujetos privados que poseen carácter de custodios o administradores, por cualquier título de fondos y actividades públicas, se encuentran regulados en el numeral 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dice:

Artículo 4.- Ámbito de competencia:

La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. / (...) La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre: b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicas que indica esta Ley. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1994)

En este supuesto, los dineros que el Estado traslada al particular nunca dejan de ser fondos públicos. Este hecho resulta de gran relevancia, ya que significa que se trata de un control ejercido sobre un patrimonio público, por lo que no es una verificación de fines o finalidades previstas por el legislador, sino sobre los medios que el particular utiliza para administrar o custodiar, por cualquier título, los fondos públicos que se le confían.

Por lo tanto, las potestades de control que puede ejercer el órgano contralor sobre estos recursos resultan más amplias y detalladas por su naturaleza de fondos públicos, de tal manera, que puede exigir cuentas sobre la correcta administración y uso de dichos dineros, tal

como lo señala la Contraloría General de la República en el oficio DJ-1340-2009 (10037):

Es así como, estamos frente a una participación privada con respecto a fondos que nunca dejan de ser públicos, por eso es un control que se ejerce sobre el patrimonio público. Evidentemente, esto determina una diferencia sustancial en cuanto al tipo de control que puede ejercerse sobre los sujetos y sobre el patrimonio público que custodian o administran.

En cuanto a la naturaleza de esa fiscalización, debemos señalar que el control que aquí procede no obedece a la verificación del cumplimiento del destino, fines o finalidades previstas por el legislador, en cambio se ejerce sobre los medios que el particular utiliza para administrar o custodiar —por cualquier título— los fondos públicos que se le confían. (Contraloría General de la República, 2009)

Por ende, la fiscalización está sujeta a reglas más generales, aunque también pueden existir reglas especiales según el título que habilite esa administración o custodia de fondos públicos, por ejemplo, las normas de verificación de los contratos que derivan de la Ley de Contratación Administrativa y todos los mecanismos de control previstos en la propia letra de los contratos.

3.2 Sujetos privados receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación

El numeral 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se refiere a aquellos sujetos privados que reciben beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación, textualmente dice:

Artículo 5.- Control sobre fondos y actividades privadas

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

y con fundamento en la presente Ley estarán sujetos a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República. Cuando se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público al privado, gratuita o sin contraprestación alguna, la entidad privada deberá administrarla en una cuenta corriente separada, en cualquiera de los bancos estatales; además llevará registros de su empleo, independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de la Contraloría General de la República, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1994)

En este supuesto, el Estado posee un interés particular de las actividades que realiza el sujeto privado y, por ende, le traslada recursos a título gratuito o sin contraprestación, lo cual los libera de obligaciones, de tal manera que el patrimonio trasladado llega a integrarse con el patrimonio propio del sujeto privado y resulta difícil separarlos. Al respecto se debe revisar lo señalado en el oficio DJ-1340 (10037) del 29 de setiembre del 2009:

Cuando hablamos de sujetos que reciben beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación, o que son liberados de obligaciones, la primera aclaración que debemos plantear es que el control que sobre ellos y su actividad reconoce la normativa, involucra una fiscalización sobre fondos que han ingresado al patrimonio privado de ese sujeto, pero que no por ello dejan de ser objeto de control. Sin embargo, estamos aquí frente a un control que se ejerce sobre un patrimonio netamente privado pero que tuvo un origen público en lo que al beneficio se refiere.

/.../

En estos casos, el control se mantiene porque se trata de fondos que son de origen público, pero también porque se han incorporado al patrimonio privado del sujeto por disposición legal, en tanto en ese otorgamiento el legislador encuentra algún ligamen con un fin o destino de interés público que se pretende satisfacer por medio de ese acto. En otras palabras, esa disposición legal permite el otorgamiento de este tipo de beneficios

patrimoniales o liberación de obligaciones, en la medida en que el legislador encuentra o crea un vínculo entre la actividad de este sujeto privado y un destino o fin público que considera relacionado con esa actividad. (Contraloría General de la República, 2009)

Se genera una diferencia significativa con los sujetos privados que fungen como custodios o administradores de fondos públicos, ya que en este supuesto los recursos siempre conservan el carácter de públicos, nunca pierden esa naturaleza y siempre resulta posible identificarlos. Sin embargo, para el caso de los sujetos privados que reciben fondos públicos a título gratuito y sin contraprestación, los recursos públicos se integran al patrimonio particular y se hace difícil separarlos posteriormente. Ello se debe a que se trata de una alteración legítima del principio constitucional de igualdad, tal como lo ha señalado el órgano contralor en el oficio DJ-1340-2009 antes mencionado:

En ese orden de ideas, debe tenerse presente que en la aplicación del artículo 5 mencionado, estamos frente a una alteración legítima del principio constitucional de igualdad, toda vez que media aquí una decisión del legislador de otorgar un determinado beneficio patrimonial gratuito o sin contraprestación, para favorecer a un determinado sujeto particular. Lo mismo sucede cuando lo libera de alguna obligación.

El control, en estos supuestos obedece al reequilibrio que debe procurarse en tanto el otorgamiento de un beneficio o liberación de esta naturaleza, rompe el principio de igualdad como hemos dicho. Ese reequilibrio viene ligado a que está de por medio un destino o fin que es de interés general y por eso debe verificarse el cumplimiento de la finalidad pública inmersa en la decisión legislativa que favoreció a un determinado sujeto privado. (Contraloría General de la República, 2009)

Ahora bien, aun cuando estos fondos entren a formar parte de los recursos privados de la institución, el órgano contralor mantiene una potestad de control sobre su correcta utilización dado que se trata del ejercicio de su potestad de fiscalización facultativa y es manifestación de las formas de control que posee el Estado sobre los

sujetos privados.

En este caso, el control ejercido es del cumplimiento de los fines o finalidades del particular; es decir, la entidad privada realmente está ejecutando y alcanzando las actividades que resultan de interés para el Estado y, por las cuales, se le han otorgado dichos recursos de manera gratuita. Sobre este tema el oficio DJ-1526 (03717) del 27 de abril del 2010 describe:

Así, el artículo 5 regula el caso de los sujetos privados que en virtud de una norma legal reciban un beneficio patrimonial, gratuito o sin contraprestación, o una liberación de obligaciones, por parte de los componentes de la hacienda pública.

Debe aclararse que desde el momento en que dichos fondos entran en las arcas del sujeto privado, éstos pierden su naturaleza de públicos, para pasar a ser fondos privados. Sin embargo, en virtud de su origen, dichos recursos continúan estando sujetos al control y fiscalización potestativa de esta Contraloría General. (Contraloría General de la República, 2010a)

Al tratarse de un control de fines o finalidades, este sin lugar a dudas deriva del artículo 50 constitucional en el tanto el Estado costarricense tiene, por mandato de la Constitución Política, la obligación de procurar el adecuado reparto de la riqueza, para lo cual despliega una serie de actividades que pueden incluso involucrar a sujetos privados que por su condición reciben un beneficio especial, pero ligado a un fin de interés general, aspecto reconocido por la Sala Constitucional en la sentencia 03767-2007 del 16 de marzo del 2007 cuando indica:

Sostener que existe información de interés público en poder de un sujeto de Derecho privado no desnaturaliza el derecho contemplado en el ordinal 30 de la Constitución Política, por el contrario, lo fortalece en cuanto se le concede una eficacia expansiva y progresiva que irradia, incluso, el ámbito privado. Debe repararse, por ejemplo, en los sujetos de Derecho privado que son custodios o administradores, por cualquier título jurídico, de fondos públicos u objeto de otorgamiento de beneficios patrimoniales y de liberación de

obligaciones por la Hacienda Pública (v. gr. asociaciones, fundaciones, etc.) y que, por esa sola circunstancia, son sujetos pasivos de fiscalización facultativa por parte de la Contraloría General de la República (artículos 4º, párrafo 2º, inciso b, 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República). (Sala Constitucional, 2007)

IV. Régimen de control interno aplicable

4.1 Sujetos privados custodios o administradores de fondos públicos

El artículo 4 de la Ley General de Control Interno incluye dentro de su ámbito de aplicación los sujetos privados que custodian o administran fondos públicos, por cualquier título. Dicho numeral a la letra dice:

Artículo 4º: Aplicabilidad a sujetos de derecho privado.

Los sujetos de derecho privado que, por cualquier título, sean custodios o administradores de fondos públicos, deberán aplicar en su gestión los principios y las normas técnicas de control interno que al efecto emita la Contraloría General de la República de conformidad con el artículo tercero.

Aparte de las otras sanciones que el ordenamiento jurídico pueda establecer, los sujetos de derecho privado que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos o reciban beneficios patrimoniales de entes u órganos estatales, podrán ser sancionados, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 7428, de 7 de setiembre de 1994, cuando incumplan lo estipulado en el párrafo anterior. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2002)

El primer párrafo transcrito dispone que los principios y las normas técnicas de control interno son aplicables a los sujetos privados, pero solo menciona que a los particulares que figuran como custodios o administradores de fondos públicos por cualquier título. En otras palabras, se refiere a su aplicación a los sujetos

incluidos en el artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría, dado que en este supuesto los fondos nunca pierden su naturaleza de fondos públicos; por lo tanto, también les resultan aplicables las Normas de Control Interno para los Sujetos Privados que Custodien o Administren, por cualquier título, Fondos Públicos emitidas en la resolución R-CO-05-2009 del 13 de enero del 2009.

Aquellos sujetos privados que figuran como administradores o custodios de fondos públicos, en el sentido al que se refiere 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 n.º 8292 denominada Ley General de Control Interno, a cumplir con toda la normativa de control interno, junto con las disposiciones que en este sentido emita el órgano contralor.

La Contraloría General de la República se pronunció en estos términos en el oficio DI-CR-316 (07697) del 12 de julio del 2004:

Así las cosas, es claro que las Asociaciones y Fundaciones de Cuidados Paliativos son entes privados que administran fondos públicos, por lo cual hay que concluir que de conformidad con los artículos 12 y 24 de nuestra Ley Orgánica y el artículo 4 de la Ley General de Control Interno, en lo correspondiente a los recursos públicos transferidos tales entidades sí están obligadas a aplicar en su gestión las disposiciones, normas, políticas, directrices y manuales técnicos de control interno que emite este Órgano Contralor, entre ellos el "Manual de Normas Generales de control interno para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización." Además, estas entidades son sujetos de fiscalización facultativa de esta Contraloría General, ya que el artículo 4, inciso b) de nuestra Ley Orgánica No. 7428 establece dicha competencia sobre los sujetos privados que sean administradores de fondos públicos. (Contraloría General de la República,

2004b)

El numeral transcrito también hace referencia al régimen sancionatorio que será analizado, de forma individualizada para cada tipo de sujetos privados, en un apartado siguiente.

4.2 Sujetos privados receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación

Los sujetos privados tipificados bajo el régimen del artículo 5 de la Ley Orgánica, es decir aquellos que reciben beneficios patrimoniales, gratuitos o sin ninguna contraprestación, no se encuentran obligados a cumplir con lo dispuesto en la Ley General de Control Interno.

Lo anterior se debe a que el régimen de fiscalización que el órgano contralor ejerce sobre estos sujetos es sobre el cumplimiento de los fines y objetivos públicos que persigue la institución y que fueron el motivo por el cual el Estado decidió trasladarles estos fondos públicos; por demás, pese al origen público de los recursos que representan el beneficio concedido, estos se integran a un patrimonio de carácter privado, según lo ha ratificado la Procuraduría General de la República en el dictamen C-043-2014.

De acuerdo con estas disposiciones en la medida en que el organismo privado reciba una suma de dinero por transferencia, subvención o beneficio patrimonial que no encuentre su fundamento en una contraprestación económica (como sí es el caso de una contratación administrativa), las sumas así recibidas se sujetan a lo dispuesto en dichos numerales. Por ende, a controles que se dirigen fundamentalmente a verificar que la suma recibida por el sujeto privado sea destinada a cumplir el fin público que la justifica. Es decir, el respeto del destino impuesto a los fondos. Para lo cual es indispensable que los recursos sean administrados en forma separada del resto de ingresos de la entidad, se lleven registros independientes sobre su empleo y cuando corresponde sean presupuestados, presupuesto que debe ser aprobado por la Contraloría General de la República. Así, como se sujetan a las normas

de control interno y, en general, a la fiscalización facultativa de la Contraloría General de la República. Resulta claro, entonces, que debe existir un control sobre el uso y destino de los beneficios transferidos, que deberá realizar, en primera instancia, el órgano que los transfiere, con el fin de verificar la legalidad y la eficiencia de la utilización de dichos recursos. (Procuraduría General de la República, 2014)

Estos sujetos privados poseen su propio régimen de control establecido en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; por lo tanto, el sujeto privado que reciba fondos públicos en esta condición está obligado a cumplir con lo dispuesto en dicha ley, que básicamente consiste en cuatro aspectos principales que son:

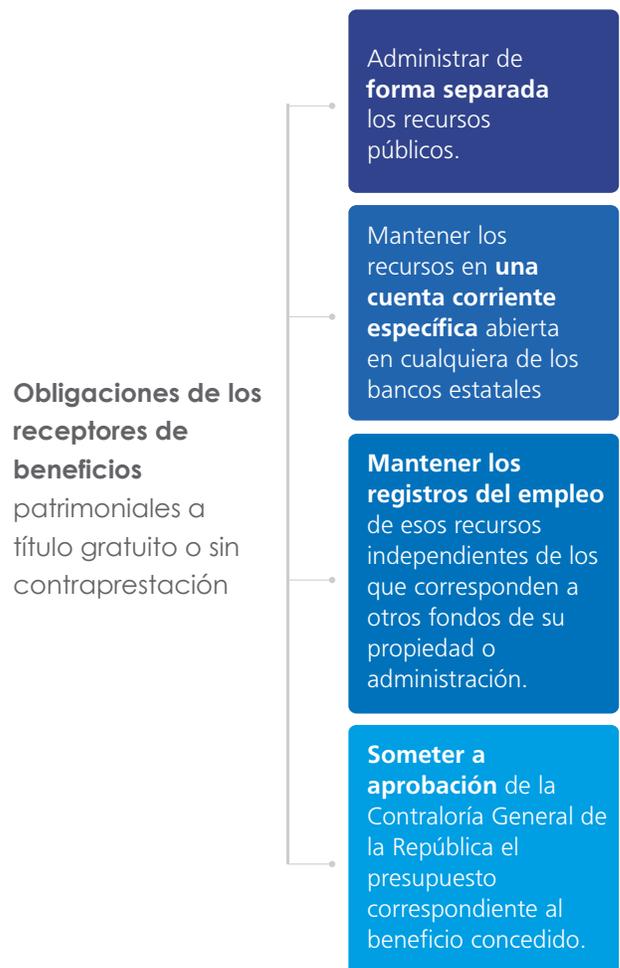


Figura 1: Régimen de control de los sujetos privados que reciben fondos públicos a título gratuito y sin contraprestación

Se destaca la necesidad de poseer una cuenta separada y llevar registros detallados del uso dado a dichos recursos. Al respecto el oficio DJ-1717 (04193) del 17 de mayo del 2010 dice:

Adicionalmente, dispone nuestra Ley Orgánica que cuando se dé una transferencia de fondos públicos en estas condiciones, el sujeto privado beneficiario deberá administrarla en una cuenta corriente separada -en cualquiera de los bancos estatales- debiendo llevar registros de su empleo independientes de los que corresponden a otros fondos de su propiedad o administración. Asimismo, someterá a la aprobación de esta Contraloría General, el presupuesto correspondiente al beneficio concedido. (Contraloría General de la República, 2010b)

No obstante, el hecho que el sujeto privado incumpla con el deber de llevar los recursos públicos en cuentas separadas no limita las potestades de fiscalización sobre dichos fondos, aun cuando ello implique fiscalizar también los recursos privados que posea en sus cuentas. Sobre este tema el oficio FOE-ED-1235 (14452) del 7 de diciembre del 2007:

Por otra parte, cabe señalar que el incumplimiento del deber examinado por parte del sujeto privado beneficiario de la transferencia o traspaso de recursos de manejar estos en forma separada, no puede ir en desmedro de la finalidad del control que ha establecido el legislador en la Ley Orgánica de la Contraloría General y en la Ley General de Control Interno, el cual es asegurar el adecuado uso de los recursos trasladados y el cumplimiento de un fin y destino fijado por el legislador. Por ello, la eventual omisión no tiene la virtud de eliminar el control que debe ejercer tanto la Administración como la Auditoría Interna e incluso esta Contraloría General, pues de ser así, la burla al sistema de fiscalización sería abierta y evidente. En ese sentido, el examen por parte de la Auditoría Interna del uso y administración de otro tipo de recursos que no son de origen público, se evitará en la medida en que la entidad privada se ajuste a la letra de la ley y proceda a la separación contable del aporte patronal, y a materializar la independencia de la administración respecto de otro tipo de recursos. (Contraloría General de la República, 2007b)

Adicionalmente se impone la obligación de someter a aprobación de la Contraloría General de la República el presupuesto del beneficio concedido, con lo cual se le aplica la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos a dichos fondos y la administración concedente no puede transferirlos hasta tanto el presupuesto del sujeto privado que va a recibirlos no haya sido aprobado por el órgano contralor. En este sentido se consulta la Opinión Jurídica: 167 - J del 08 de setiembre del 2003:

Cabe señalar, además que, en la actualidad, cuando los entes públicos transfieren presupuestariamente parte de sus fondos a una entidad privada, a esos fondos se les aplica la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, conforme lo dispone su artículo 1°. Lo cual implica que la Administración no podría, entre otras disposiciones, girar transferencias hasta que el presupuesto de la entidad beneficiaria que las incorpore no haya sido aprobado. La Administración transferente debe velar porque esas obligaciones sean cumplidas, para lo cual debe tomar las providencias que sean del caso. Si hubiere una irregularidad, debe actuar conforme lo determina el artículo 7 de la Ley de la Contraloría y verificar lo dispuesto en el 117 en relación con el 110 y 111 de la Ley de Administración Financiera. (Procuraduría General de la República, 2003)

Se trata de un control de legalidad, contable y técnico, con especial énfasis en la verificación del cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones a favor del sujeto particular; numeral que en lo que interesa dice:

Artículo 6.- Alcance del control sobre fondos y actividades privados

En materia de su competencia constitucional y legal, el control sobre los fondos y actividades privados, a que se refiere esta Ley, será de legalidad, contable y técnico y en especial velará por el cumplimiento del destino legal, asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones.

La Contraloría General de la República podrá fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos privados beneficiarios, de reglas elementales de lógica, justicia y

conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos. Dentro del marco y la observancia de estas reglas elementales, tanto la Contraloría General de la República como la entidad pública concedente del beneficio respetarán la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario, en la elección y el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2002)

Resulta posible fiscalizar el cumplimiento del fin, a través de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de estos, siempre que se respete la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario en la elección y el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado, precisamente porque se trata de un patrimonio privado desde el momento mismo en que se concreta el beneficio, así lo concluyó el oficio DAGJ-0563-2009 (04126) del 23 de abril del 2009:

El numeral 6 de la ley citada establece que el control que se realiza sobre estos sujetos privados es un control de legalidad, contable y técnico, con especial énfasis en la verificación del cumplimiento del destino legal asignado al beneficio patrimonial o a la liberación de obligaciones a favor del sujeto particular; asimismo, también es posible fiscalizar el cumplimiento del fin, a través de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de éstos; respetando en todo momento la libertad de iniciativa del sujeto privado beneficiario en la elección y el empleo de los medios y métodos para la consecución del fin asignado, precisamente porque se trata de un patrimonio privado desde el momento mismo en que se concreta el beneficio. (Contraloría General de la República, 2009b)

El órgano contralor en cumplimiento de su deber de velar por estos recursos ha emitido las circulares 14298, 14299, 14300 relativas a las regulaciones sobre la fiscalización y control de los beneficios patrimoniales, gratuitos o sin ninguna contraprestación, otorgados a sujetos privados, (Contraloría General de la República, 2009a) entre otras, tendientes a establecer los requisitos

para que un sujeto privado pueda participar en esta categoría y recibir fondos públicos en esta condición, así como las obligaciones que deberán cumplir en todo momento para el adecuado manejo de estos fondos públicos.

V. Potestades de fiscalización de las auditorías internas y el órgano contralor

La normativa desarrollada anteriormente hace referencia de manera expresa a las potestades de fiscalización y control que sobre este tipo de sujetos privados posee la Contraloría General de la República, en donde surge la duda sobre las potestades de control que poseen las auditorías internas de las administraciones públicas que les transfieren dichos recursos.

La Contraloría General ha interpretado que las normas citadas son extensivas en su aplicación a estos componentes orgánicos del sistema institucional de control interno. Sobre esto el oficio DI-CR-004 (00137) del 8 de enero del 2004 reconoce expresamente que las auditorías de las instituciones concedentes de dichos fondos podrán fiscalizarlas, en los mismos términos que lo hace el órgano contralor, sea por autorización genérica o por disposición expresa de la Ley:

Si conforme a sus competencias, deberes y potestades la auditoría interna fiscaliza entes privados a los que su institución ha concedido beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, sea por autorización genérica o por disposición expresa de la ley, la cuestión del trámite de los informes de la auditoría debe necesariamente considerar el enfoque y la filosofía que contiene la LGCI sobre este particular. /.../

Conforme a lo dicho, y para efectos prácticos, los informes de la auditoría interna que traten asuntos de control interno se dirigirán directamente al jerarca de la institución concedente del beneficio patrimonial², o al funcionario que este haya

² Téngase presente que es un deber de los entes y órganos públicos concedentes de beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación alguna, a favor de sujetos privados, implementar los mecanismos de control necesarios y suficientes para verificar la correcta utilización y destino de

encargado formalmente del control de los fondos transferidos, para lo de su competencia y para que realice el seguimiento que corresponda a las recomendaciones que contiene el informe. (Contraloría General de la República, 2004a)

Por su parte, el artículo 22 de la Ley General de Control Interno reconoce dentro de las potestades la auditoría interna de la institución pública que transfiere los recursos la posibilidad de fiscalizar el su adecuado uso por parte de estos sujetos privados, para lo cual aplica las mismas reglas de control anteriormente descritas. En relación con este tema el oficio DJ-1526 (03717) del 27 de abril del 2010 señala:

Ahora bien, debe tenerse presente que las auditorías internas tienen competencia para ejercer control en ambos supuestos, señalando al respecto el artículo 22 de la LGCI que éstas (sic) son competentes para realizar auditorías o estudios especiales semestralmente, con relación a (sic) los fondos públicos sujetos a su competencia institucional, incluidos fideicomisos, fondos especiales y otros de naturaleza similar -caso del artículo 4 de la LOGCR-, así como para efectuar semestralmente auditorías o estudios especiales sobre fondos y actividades privadas, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica, en el tanto éstos (sic) se originen en transferencias efectuadas por componentes de su competencia institucional. (Contraloría General de la República, 2010a)

Las auditorías internas de las administraciones públicas que conceden los fondos públicos a estos sujetos privados no solamente poseen la potestad, sino también el deber de fiscalizar su correcto uso, por tratarse de dineros públicos. Para ello debe aplicar el régimen jurídico según el tipo de sujeto, como lo aclara el documento FOE-ED-1235 (14452) del 7 de diciembre del 2007:

Visto lo anterior, no cabe duda alguna sobre la competencia de las unidades de auditoría interna para fiscalizar los aportes patronales a las asociaciones solidaristas, posición que también

todos los beneficios que se otorguen, de conformidad con la responsabilidad de control que le compete cumplir a la administración activa a la luz del ordenamiento jurídico.

ha sido sostenida reiteradamente en opiniones jurídicas de la Procuraduría General de la República (OJ-161-2003 del 4 de setiembre de 2003, OJ-052-2001 del 8 de mayo y OJ-042-2001 del 20 de abril, ambos del 2001). Bajo los parámetros expuestos, se debe reiterar que esa Auditoría tiene la facultad y el deber de verificar la legalidad del uso de los recursos de su empresa, incluidos los beneficios que a la luz de leyes especiales, ésta ha otorgado a sujetos de derecho privado, como es el caso de la Asociación Solidarista, de modo que en los casos como el que ha consultado, esa Auditoría debe ejercer su competencia de modo tal que analice, estudie, determine y proponga las medidas pertinentes y necesarias para asegurar una correcta y eficiente administración de los recursos citados. (Contraloría General de la República, 2007b)

VI. Régimen sancionatorio aplicable a los sujetos privados que reciben fondos públicos

En el supuesto de que un sujeto privado de los descritos anteriormente incurra en una falta, será acreedor de una sanción; no obstante, el régimen sancionatorio varía nuevamente para cada supuesto.

La Ley General de Control Interno podría ser aplicada en su totalidad a los sujetos privados que participan como custodios o administradores de fondos públicos y se les podría sancionar conforme al marco sancionatorio que establece este texto normativo en el numeral 39, que dice:

Artículo 39.- Causales de responsabilidad administrativa. El jerarca y los titulares subordinados incurrirán en responsabilidad administrativa y civil, cuando corresponda, si incumplen injustificadamente los deberes asignados en esta Ley, sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios.

El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos incurrirán en responsabilidad administrativa, cuando debiliten con sus acciones el

sistema de control interno u omitan las actuaciones necesarias para establecerlo, mantenerlo, perfeccionarlo y evaluarlo, según la normativa técnica aplicable.

Asimismo, cabrá responsabilidad administrativa contra el jerarca que injustificadamente no asigne los recursos a la auditoría interna en los términos del artículo 27 de esta Ley.

Igualmente, cabrá responsabilidad administrativa contra los funcionarios públicos que injustificadamente incumplan los deberes y las funciones que en materia de control interno les asigne el jerarca o el titular subordinado, incluso las acciones para instaurar las recomendaciones emitidas por la auditoría interna, sin perjuicio de las responsabilidades que les puedan ser imputadas civil y penalmente.

El jerarca, los titulares subordinados y los demás funcionarios públicos también incurrirán en responsabilidad administrativa y civil, cuando corresponda, por obstaculizar o retrasar el cumplimiento de las potestades del auditor, el subauditor y los demás funcionarios de la auditoría interna, establecidas en esta Ley.

Cuando se trate de actos u omisiones de órganos colegiados, la responsabilidad será atribuida a todos sus integrantes, salvo que conste, de manera expresa, el voto negativo. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2002)

En consecuencia, les serían aplicables las sanciones del artículo 41 de la misma ley, que son: a) amonestación escrita; b) amonestación escrita comunicada al colegio profesional respectivo, cuando corresponda; c) suspensión, sin goce de salario, de ocho a quince días hábiles. En el caso de dietas y estipendios de otro tipo, la suspensión se entenderá por número de sesiones y el funcionario no percibirá durante ese tiempo ninguna suma por tales conceptos; y d) separación del cargo sin responsabilidad patronal.

Por el contrario, los sujetos privados que fungen como receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación poseen un único régimen sancionatorio contemplado en el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que en lo que interesa dice:

Artículo 7.- Responsabilidad y sanciones a sujetos privados

Aparte de las otras sanciones que pueda establecer el ordenamiento jurídico, la desviación del beneficio o de la liberación de obligaciones otorgadas por los componentes de la Hacienda Pública, hacia fines diversos del asignado, aunque estos sean también de interés público, facultará a la entidad concedente para suspender o revocar la concesión, según la gravedad de la violación cometida. También facultará a la Contraloría General de la República para ordenar que se imponga la sanción.

Cuando la desviación se realice en beneficio de intereses privados, del sujeto agente o de terceros, la concesión deberá ser revocada y el beneficiario quedará obligado a la restitución del valor del beneficio desviado, con los daños y perjuicios respectivos. En este caso, la recuperación del monto del beneficio desviado podrá lograrse, además, en la vía ejecutiva, con base en la resolución certificada de la Contraloría General de la República, a que se refiere el artículo 76 de esta Ley.

Los servidores de los sujetos pasivos concedentes de los beneficios, a que se refiere este artículo, serán responsables por conducta indebida, dolosa o gravemente culposa, en el ejercicio de los controles tendientes a garantizar el cumplimiento del fin asignado al beneficio concedido. (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1994)

Este numeral contempla las eventuales sanciones que se le puede imponer al sujeto privado que incurra en responsabilidad en el manejo de los fondos públicos trasladados a título gratuito o sin contraprestación, que son:



Figura 2. Sanciones que se imponen a los sujetos privados que reciben fondos públicos.

El desvío de los fondos públicos puede darse hacia fines públicos o privados, conducta que acarrea una sanción para el sujeto privado que incurra en dicha práctica, potestad que recae en la administración pública concedente de los recursos, o bien, puede efectuarse una sanción recomendada por el órgano contralor.

La Procuraduría en el dictamen C-043-2014 del 11 de febrero del 2014 hace referencia a la facultad que posee la administración para suspender o revocar la concesión cuando se trate de un desvío hacia fines públicos, según la gravedad de la falta, y da un amplio margen de actuación a la administración. Sin embargo, si se trata de un desvío para fines privado, no solo se debe revocar el beneficio, sino que el sujeto privado debe restituir el valor del beneficio desviado, con los daños y perjuicios respectivos. Finalmente, se recalca la responsabilidad de los funcionarios públicos del órgano que otorga el beneficio por conducta indebida, dolosa o gravemente culposa, en el ejercicio de los controles dirigidos a asegurar el respeto del fin asignado al beneficio concedido.

Existen supuestos en donde el traslado de los fondos públicos al sujeto privado responde a un imperativo legal, en cuyo caso carece de capacidad legal para revocar las

transferencias o el beneficio concedido; no obstante, además de instaurar las acciones administrativas, civiles y penales que correspondan, tiene la obligación de suspender la entrega de las transferencias o beneficios hasta que las situaciones queden corregidas, según el oficio DI-CR-004 (00137) del 8 de enero del 2004.

Sin embargo, en caso de que el ente u órgano público conceda beneficios por imperativo legal a un sujeto privado, y llegare a comprobar la desviación del beneficio o de la liberación de obligaciones otorgadas hacia fines diversos del asignado, o de intereses privados del sujeto agente o de terceros, no está en capacidad legal de revocar las transferencias o el beneficio concedido; no obstante, aparte de las acciones que esté en el deber de emprender en lo que respecta a las responsabilidades administrativa, civil o penal, tiene la obligación de suspender la entrega de las transferencias o beneficios hasta que las situaciones queden corregidas. Esto al amparo de lo dispuesto en el artículo 4 de la LGCI, en cuanto establece que los sujetos de derecho privado podrán ser sancionados según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de esta Contraloría General, si incumplen el deber de aplicar en su gestión los principios y las normas de control interno que emita el órgano contralor y ello hubiera dado lugar a las

desviaciones dichas. (Contraloría General de la República, 2004a)

Finalmente, se debe señalar que la Contraloría General de la República posee potestad de sancionar a ambos tipos de sujetos privados, tanto los que fungen como custodios o administradores de fondos públicos, como los que son receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación, e imponer las sanciones de su Ley Orgánica, tal como se ha señalado en el párrafo segundo del artículo 4 de la Ley General de Control Interno, anteriormente citado.

Potestad reconocida expresamente por la Contraloría General de la República, en el oficio 04126-2009 (DAGJ-0563-2009) del 23 de abril del 2009, resolvió de la siguiente manera (División de Asesoría y Gestión Jurídica, 2009):

Ahora bien, debemos advertir que, si bien es cierto el párrafo segundo de dicho artículo menciona en su texto tanto a los sujetos de derecho privado que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos, como también a quienes reciban beneficios patrimoniales de entes u órganos estatales, esa mención se refiere a las consecuencias o sanciones que produce el incumplimiento del primer párrafo.

Por lo tanto, el párrafo segundo de este artículo 4 citado, es de aplicación exclusiva al tema sancionatorio que vincula a los sujetos privados en ambos escenarios, es decir, ya sea en su condición de custodios o administradores de fondos públicos, o en su caso como receptores de beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación o siendo liberados de obligaciones, según lo que ya se ha explicado. (Contraloría General de la República, 2009b)

Como puede verse, ambos sujetos poseen su propio régimen sancionatorio, a los custodios o administradores de fondos públicos se le aplica la Ley General de Control Interno y a los receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación se les aplica el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, pero sobre ambos el órgano contralor posee potestad sancionatoria, según el párrafo segundo

del artículo 4 de la Ley General de Control Interno.

A manera de resumen, en la tabla 1 se sintetiza lo desarrollado en este artículo

Figura3. Régimen de fiscalización aplicable a los sujetos privados que reciben fondos públicos

| Tipos | Custodios o administradores de fondos públicos | Receptores de beneficios gratuitos o sin contraprestación |
|------------------------------|--|--|
| Fundamento jurídico | Artículo 4 inciso b) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República | Artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República |
| Mecanismos de control | Aplicación de la Ley General de Control Interno | Aplicación de los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República |
| ¿Qué se controla? | Normas de control interno para los sujetos privados que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos | Circulares emitidas por la CGR, tales como los números: 14298, 14299, 14300, R-CO-21. |
| | Uso adecuado de los recursos públicos. | Cumplimiento de los fines y objetivos que justificaron la transferencia de recursos. |

**Régimen de
responsabilidad**

Artículos 39 y 41
de la Ley General
de Control
Interno

| | |
|---|---|
| Potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República (párrafo 2 de la Ley General de Control Interno) | Potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República (párrafo 2 de la Ley General de Control Interno) |
|---|---|

| | |
|---------------------------|---------------------------|
| Marco jurídico en general | Marco jurídico en general |
|---------------------------|---------------------------|

Finalmente, a manera de resumen, lo señalado en el presente artículo se puede sintetizar en el siguiente esquema:

VII. Reflexiones finales

Posterior a la descripción de los tipos de sujetos privados que reciben fondos públicos y el marco jurídico aplicable a cada uno, conviene preguntarse si: ¿estas normas son suficientes para garantizar que el órgano contralor pueda ejercer un adecuado control sobre los recursos que se trasladan a los sujetos privados?

Como respuesta a esta pregunta, se debe señalar que tanto el órgano contralor, como la propia administración que traslada los recursos, poseen capacidades muy limitadas para verificar la correcta utilización de estos dineros, dado que se carece de un mecanismo real y efectivo que les permita controlar a los sujetos privados que reciben fondos públicos. Esta situación se refleja en que el marco jurídico, únicamente, les aplica normas generales de control interno a los custodios o administradores de fondos públicos y, en una situación de mayor vulnerabilidad, se encuentran los receptores de beneficios gratuitos o sin contraprestación a quienes únicamente se les puede controlar mediante la verificación del cumplimiento de sus fines.

Esta situación incorpora un grado de complejidad

mayor, pues surgen más preguntas: ¿cómo verificar el cumplimiento de fines de un sujeto privado?, ¿cuáles van a ser los parámetros?, ¿quién posee la potestad de determinar si un sujeto privado ha alcanzado o no sus fines?, ¿podría el órgano contralor o la administración que cede los recursos cuestionar los fines o métodos de trabajo de un ente privado?, ¿qué consecuencias tiene el determinar que en un período de tiempo dado no se ha cumplido con los fines, incluso, cuando dicho incumplimiento puede no originarse en una actuación negligente del ente privado?

Como se denota, esta normativa deja más interrogantes que respuestas, lo cual repercute negativamente en el tema de control, máxime para la administración pública que bajo el principio de legalidad, solo puede actuar en la medida en que la ley se lo permita y una normativa de este tipo la deja sin los instrumentos y poderes para poder controlar el adecuado uso de los fondos públicos que traslada a terceros.

Aspecto que se encuentra íntimamente vinculado con la restricción que posee el órgano contralor de requerir información de sujetos privados, los cuales no solo se encuentran fuera de su competencia, (por ende, el ejercicio de las potestades de control y fiscalización de la Hacienda Pública se ve limitada), sino que del todo se encuentran fuera del sector público, por lo que no les aplica el marco de legalidad propio de este sector, situación que constituye un obstáculo para el control, tanto para la Contraloría General, como para la administración pública que traslada fondos públicos a un sujeto privado.

Incluso el régimen sancionatorio aplicable a los sujetos privados, que fungen como receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin contraprestación, únicamente contempla la posibilidad de seguir un proceso judicial por la falta de desviación de fondos, lo cual es sumamente riguroso, dada la dificultad que implica probar un delito de este tipo y continuar un proceso judicial; además, se deja sin sanción aquellas faltas menores que no necesariamente constituyen un delito.

Igualmente, la única sanción aplicable es la sanción o revocación del beneficio, pero no se contempla de

manera expresa qué acciones se deben seguir, en relación con los dineros que ya fueron trasladados a la administración, o bien, mecanismos preventivos que la administración pueda implementar, si considera que existen indicios –no aún el hecho demostrado– de que los recursos que vaya a trasladar puedan ser desviados, y así prevenir esta acción u otros aspectos que no contempla expresamente la normativa y que, por ende, deja sin armas tanto a la administración como a la Contraloría para actuar de manera más eficiente sobre los recursos que traslada.

Por otra parte, se carece de una prohibición para aquellos sujetos privados que han sido beneficiados con fondos públicos y a quienes se les ha comprobado la comisión de una falta para recibir este beneficio a futuro o para continuar recibiendo de otra institución, distinta a la institución que le comprobó la falta.

También se carece de una prohibición que impida que un sujeto privado, a quien se le ha demostrado que hizo un uso inadecuado de fondos públicos, pueda seguir recibiendo estos dineros de la misma institución, o bien, por otros medios, por un período de tiempo determinado, dado que se ha comprobado que no ejecutó un uso pertinente de los recursos. No existe un mecanismo para evitar que la situación se repita en procura de obtener un mejor aprovechamiento de los dineros públicos.

Podría arribar a la preocupante conclusión de que el marco legal aplicable a los sujetos privados que fungen como custodios o administradores de fondos públicos o como receptores de beneficios gratuitos o sin contraprestación limita la posibilidad de que tanto la Contraloría General de la República como la propia administración puedan ejercer un adecuado control sobre la correcta utilización de esos fondos, los cuales se trasladan a estos sujetos privados. El abanico sancionatorio es limitado, en caso de incumplimiento, lo cual trae como consecuencia que el adecuado uso de estos recursos dependa de la buena voluntad de estos sujetos privados.

Conviene, en consecuencia, revisar el marco jurídico aplicable a los sujetos privados que reciben fondos públicos, a fin de implementar las reformas legales

y reglamentarias necesarias para otorgarle tanto a la Contraloría General de la República como a la administración un mayor margen de acción para que puedan fiscalizar adecuadamente dichos públicos, independientemente de que se trate de custodios o administradores de fondos públicos o receptores de beneficios gratuitos o sin contraprestación.

Igualmente, se debe ampliar el régimen sancionatorio con un mayor margen de actuación y un abanico de sanciones aplicables más amplio, con el fin de garantizar que los fondos públicos trasladados a sujetos privados cumplan los objetivos sociales y legales que dieron origen a dicho traslado y que realmente repercuten de forma positiva en la calidad de vida de los ciudadanos.

VIII. Conclusión

El ordenamiento jurídico costarricense permite que el Estado traslade recursos a sujetos privados cuando considera que estos pueden contribuir a alcanzar fines y objetivos de interés público, pero lo realiza a través de dos supuestos marcadamente diferentes que son: custodios o administradores de fondos públicos o receptores de beneficios patrimoniales a título gratuito o sin ninguna contraprestación, a los cuales se les aplica un marco jurídico distinto. No obstante, sobre ambos la Contraloría General de la República posee potestades de fiscalización y control, aunque el ejercicio de dichas potestades deberá realizarlo por canales diferentes según las particularidades de cada grupo.

Dado que en ocasiones se tiende a confundir y tratar a los sujetos privados que reciben fondos públicos como un solo tipo o porque se mezclan las normas que les resultan aplicables cuando cada uno responde a supuestos fácticos y jurídicos diferentes, se hace necesario identificarlos y diferenciarlos adecuadamente.

Para terminar, se debe mencionar que el marco jurídico vigente limita las posibilidades de que tanto la Contraloría General de la República como la administración ejerzan mecanismos de control más rigurosos sobre los sujetos privados a quienes se les traslada recursos públicos, lo cual es acompañado por un régimen sancionatorio muy limitado, situación que pone en riesgo el correcto uso de estos recursos públicos.

Se propone una revisión integral de la normativa aplicable a estos casos, a fin de proponer las modificaciones legales y reglamentarias necesarias para reforzar el papel fiscalizador y sancionatorio de la Contraloría General de la República y la administración sobre los sujetos privados que reciben fondos públicos, tanto a título de custodios o administradores de fondos públicos, como en el papel de receptores de beneficios gratuitos o sin contraprestación.

IX. Referencias

- Asamblea Legislativa. (1994). Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley n.º 7428). San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Asamblea Legislativa. (2002). Ley General de Control Interno (Ley n.º 8292). San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Contraloría General de la República. (2004a). DI-CR-004 (00137). San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.
- Contraloría General de la República. (2004b). DI-CR-316 (07697). San José, Costa Rica: Centro de relaciones para el fortalecimiento del control y la fiscalización superiores.
- Contraloría General de la República. (2007a). Resolución R-CO-21 Modificaciones a las circulares Nos. 14298, 14299 y 14300 del 18 diciembre 2001, relativas a las potestades sobre la fiscalización y control de los beneficios patrimoniales, gratuitos o sin contraprestación otorgados a sujetos privados. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.
- Contraloría General de la República. (2007b). FOE-ED-1235 (014452). San José, Costa Rica: Área de Servicios Económicos para el Desarrollo.
- Contraloría General de la República. (2009a). Resolución CO-05-2009 (N-1-2009-CO-DFOE) Normas de Control Interno para los sujetos privados que custodien o administren, por cualquier título, fondos públicos. San José, Costa Rica: División de Fiscalización Operativa y Evaluativa.
- Contraloría General de la República. (2009b). DAGJ-0563 (04126). San José, Costa Rica: División de Asesoría y Gestión Jurídica.
- Contraloría General de la República. (2009c). DJ-1340 (010037). San José, Costa Rica: División Jurídica.
- Contraloría General de la República. (2010a). DJ-1526 (03717). San José, Costa Rica: División Jurídica.
- Contraloría General de la República. (2010b). DJ-1717 (04193). San José, Costa Rica: División Jurídica.
- Contraloría General de la República. (2010c). DFOE-ED-0370-2010 DJ-2231-2010 (05386). San José, Costa Rica: Área de Servicios Económicos para el Desarrollo.
- Procuraduría General de la República. (2003). Opinión Jurídica: 167 - J. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Procuraduría General de la República. (2014). C-043. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2007). Sentencia 03767-2007. San José, Costa Rica: Sistema Nacional de Legislación Vigente (SINALEVI).



Criterios y
jurisprudencia

Potestad

Consultiva

I. Potestad Consultiva

1.1 Prohibición al ejercicio liberal de la profesión

En el oficio de respuesta, se reiteró el criterio de la CGR, en el sentido de que un movimiento temporal a otro puesto no elimina el régimen de prohibición, lo cual no significa que se vaya a pagar el rubro correspondiente a la indemnización, por cuanto el salario a recibir será el del nuevo puesto y no el del cargo originario, enfatizando en la diferencia entre la sujeción al régimen de prohibición y la procedencia o no de su reconocimiento económico, en tanto lo primero no necesariamente asegura lo segundo.

Oficio N° 4066 (DJ-0134) del 16 de marzo de 2018.

1.2 Pago de transporte, hospedaje y alimentación a asistentes de personas con discapacidad funcionarias de CONAPDIS requiere aprobación previa

Para los efectos de la aplicación del Reglamento de Gastos de Viaje y de Transportes para Funcionarios Públicos, el pago de viáticos a asistentes personales de las personas funcionarias públicas con discapacidad estará supeditado a la necesaria aprobación previa por parte de la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente del CONAPDIS, de los planes individuales de apoyo, donde se precise la exigencia de un asistente personal y las condiciones en que se prestará ese servicio, lo cual deberá acreditar el funcionario con discapacidad de previo a la autorización del viaje.

Oficio N° 1946 (DFOE-SAF-0097) del 22 de febrero de 2018.

1.3 ¿Es posible implementar auditorías corporativas en las instituciones públicas?

Ante una consulta remitida por el INS consulta acerca de la posibilidad de implementar una auditoría corporativa para el Grupo Financiero INS, la CGR le indicó que en la Ley N° 8292 se establece que el Sistema de

Control Interno está conformado orgánicamente por la administración activa de la entidad y su auditoría interna, omitiendo la posibilidad de establecer una figura corporativa para las auditorías internas; por lo que, no es posible para la CGR reconocer la existencia de las auditorías corporativas con potestades de dirección y fiscalización sobre cada una de las auditorías internas que conforman el grupo. Sin embargo, no existe oposición para que se establezca un marco de coordinación entre dichas unidades de auditoría interna, de manera tal que les permita alcanzar niveles de estandarización y efectividad en sus actividades.

Oficio N° 5312 (DFOE-EC-0311) del 17 de abril de 2018

1.4 No basta acuerdo del Concejo Municipal para la donación de bienes muebles a las asociaciones de desarrollo integral

En el oficio de respuesta se le indica que no es posible, pues para que proceda la donación por parte de las municipalidades, se debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 62 del Código Municipal, de manera que, de previo se requiere de la autorización del caso, otorgada mediante una ley especial. Además, el requisito de la mayoría calificada es necesario únicamente cuando así se requiere por ley, en consecuencia, si para una determinada donación se exige, entonces deberá cumplirse; de lo contrario, el trámite de aprobación de la donación -en el caso de que proceda- se mantiene con la votación ordinaria (esto es, por mayoría simple).

Oficio N° 2935 (DFOE-DL-02119) del 26 de febrero de 2018.

1.5 Obligación de recuperar sumas pagadas de más a funcionarios

Ante una consulta planteada por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) sobre la procedencia de recuperar dineros pagados de manera errónea a funcionarios, la CGR señaló la obligación de la Administración de recuperar los montos cancelados de más, en los supuestos de error aritmético y por reconocimiento de incentivos improcedentes. Asimismo, determinó que la administración, una vez

que tiene conocimiento de que se ha realizado un pago erróneo o excesivo, se encuentra obligada a efectuar las gestiones pertinentes con el fin de reintegrar a la Hacienda Pública esos dineros, ejerciendo según sea el caso las acciones administrativas o judiciales para la recuperación de dichas sumas. Finalmente, se analiza el tratamiento distinto que debe darse para la recuperación de dineros, conforme a los supuestos en análisis, así como la valoración de posibles responsabilidades de los funcionarios involucrados en los pagos erróneos. Por último, se explica que para el ejercicio de las acciones de recuperación, la administración se debe ajustar a los respectivos plazos de prescripción y caducidad que establece el ordenamiento jurídico, debiendo realizar las gestiones que corresponda, dentro de los plazos legales habilitados para cada supuesto, a fin de evitar la ineficacia de las acciones de recuperación.

(Oficio N° 7571 (DJ-0695) del 01 de junio de 2018. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.6 No procede pago de prohibición a asesor legal municipal nombrado en puesto de confianza

Los abogados nombrados en puestos de confianza (y no en puestos regulares o interinos), como asesores jurídicos del alcalde, del presidente y vicepresidente Municipales y de las fracciones políticas que conforman el Concejo Municipal, no tienen derecho al pago de prohibición. Esto en virtud del artículo 118 del Código Municipal y de que no están sujetos a la prohibición establecida en los artículos 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 148 inciso j) del Código Municipal. Lo anterior no implica que estén exentos del deber de probidad referido en los ordinales 3, 4 y 38 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, deber que incluye la obligación, mientras estén ocupando esos cargos, de abstenerse de litigar contra los intereses de la municipalidad para la que laboran.

(Oficios N° 6859 (DJ-0637) del 21 de mayo de 2018 y N° 7321 (DJ-0669) del 28 de mayo de 2018. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.7 Improbación presupuestaria en instituciones descentralizadas ante incumplimiento de pago en sentencias judiciales

El artículo 168 del Código Procesal Contencioso Administrativo establece un impedimento para la CGR de dar trámite de aprobación a presupuestos de las instituciones descentralizadas que hayan incumplido con el pago de obligaciones consignadas en sentencias judiciales. El órgano contralor aprueba el presupuesto inicial y los extraordinarios de los entes ahí contenidos y los de los referidos en el artículo 184 de la Constitución Política, por tanto es sobre estos documentos se ejerce la función antes descrita. En cuanto a las modificaciones presupuestarias, cuya aprobación es por parte del jerarca de cada institución, se considera que no debería darse trámite de aprobación si existe una obligación pendiente consignada en sentencias judiciales; ello considerando que el derecho a ejecutar sentencias forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

(Oficio N° 09098 (DFOE-ST-0052) del 28 de junio, 2018, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.8 Directrices de restricción de gasto aplican a auditorías internas

En respuesta a una consulta acerca de si las auditorías internas se encuentran excluidas de la Directrices que se refieren a la restricción del gasto, la CGR concluyó que las directrices en cuestión resultan aplicables a las auditorías internas, para lo cual las partes involucradas deberán asegurarse de que su cumplimiento no genere una afectación negativa al ejercicio de la función de auditoría interna en atención a lo establecido en la Ley General de Control Interno; lo anterior por cuanto, desde la perspectiva de la jerarquía de las normas, las directrices o decretos en cuestión resultan ser inferiores a la ley.

(Oficio N° 6206 (DFOE-ST-0024) del 4 de mayo, 2018, División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.9 Condiciones en que un jerarca puede apartarse de nombramiento de personal de auditoría ya autorizado por el Auditor Interno

El Alcalde de la Municipalidad de Parrita solicitó criterio sobre la posibilidad de que una vez dictada la terna de elegibles para el nombramiento de personal en una plaza de auditoría, y existiendo contenido presupuestario así como la autorización del Auditor Interno, el Alcalde Municipal pueda declarar el concurso infructuoso, sin mediar un acto debidamente motivado o justificación técnica. La CGR considera que el artículo 24 de la Ley General de Control Interno establece un fuero de protección para los funcionarios de la auditoría interna, distintos del auditor y subauditor internos, en relación con los movimientos de personal, pero la autorización del auditor interno no significa un ejercicio discrecional absoluto no sujeto a límites, sino que debe ser motivada en razón de la legalidad y proporción al contenido; y será justificada en razón de la afectación de manera negativa al desarrollo de la actividad de la auditoría interna, o bien la dependencia funcional y de criterio de la auditoría interna. Asimismo, la administración activa que decida apartarse de la autorización del titular de la auditoría interna deberá motivar razonadamente el acto administrativo, que habrá de estar apegado a Derecho.

Oficio N° 10076-2018 (DFOE-DL-0833) del 18 de julio del 2018. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.10 ¿Puede un Auditor Interno participar en la Junta Directiva de un Colegio Profesional?

1. Un auditor interno puede participar como miembro activo de la Junta Directiva de un Colegio Profesional, siempre y cuando no exista superposición horaria y se cumplan fielmente los deberes atinentes a ambos cargos, lo que implica, entre otros, el deber de probidad y como expresión de este, la garantía de dedicación, atención e imparcialidad en cada cargo. 2. En el tanto no se realicen actos que impliquen el ejercicio liberal de una profesión, la participación de un auditor interno en la Junta Directiva de un Colegio Profesional no

violenta el artículo 14 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. 3. Si un auditor interno integra la Junta Directiva de un Colegio Profesional puede recibir dieta si se cumplen los supuestos necesarios en el caso concreto, siempre que no exista superposición horaria con el cargo público que ostenta.

(Oficio N° 10621-2018 (DJ-0990) del 27 de julio de 2018. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa y División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.11 Por no pertenecer al Estado, a las Federaciones Municipales no les aplica la Ley de Estímulo a las Bellas Artes

Las Federaciones son entidades asociativas, de carácter local, interadministrativas, de naturaleza institucional e independientes, que no forman parte de las municipalidades que las conforman y por lo tanto no pertenecen al Estado, razón por la que no estarían cobijadas por el artículo 7 de la Ley 6750, Ley de Estímulo a las Bellas Artes, que exige que con anterioridad a la aprobación de planes y presupuestos dirigidos a la construcción de edificios en donde se prestarán servicios directos al público, el Ministerio de Cultura señalará el porcentaje mínimo de recursos que habrá de dedicarse a la adquisición o elaboración de obras de arte.

Oficio N° 11639-2018 (DFOE-DL-1186) del 14 de agosto, 2018. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.12 ¿Infringen las buenas prácticas de COSO ERM 2017 los artículos 17 y 18 de la Ley General de Control Interno?

La CGR señaló que la Ley General de Control Interno establece como responsabilidad del jerarca y titulares subordinados, la definición de las estrategias y mecanismos para realizar el proceso permanente de valoración de riesgo institucional y el ejercicio de autoevaluación del Sistema de Control Interno (SCI), para los cuales se definen objetivos y características, pero no se define un procedimiento específico para

realizarlos. Por lo tanto, las prácticas indicadas en el marco COSO ERM 2017, pueden ser utilizadas para definir los elementos del marco orientador para el establecimiento y funcionamiento del SEVRI, de manera complementaria a las Directrices generales para el establecimiento y funcionamiento del SEVRI; dado que la autoevaluación de control interno debe medir la efectividad del SCI para responder a los cambios y a las desviaciones respecto de sus objetivos, y que este sistema debe responder a los riesgos estratégicos y operativos que se identifiquen durante el proceso de valoración de riesgo, por lo que no se identifican elementos que en la teoría violentan los artículos 17 y 18 de la LGCI, al utilizar las buenas prácticas del marco COSO ERM 2017.

(Oficio N° 11948-2018 (DFOE-ST-0074) del 21 de agosto del 2018. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República).

1.13 Particularidades sobre el pago de prohibición a servidores de las auditorías internas

La CGR evacuó una consulta presentada por el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad, en relación con el pago de prohibición a los funcionarios de la auditoría interna y se refirió a los siguientes aspectos: 1. El artículo 34 de la Ley General de Control Interno establece un régimen de prohibición especial para el auditor y subauditor internos y demás funcionarios de la auditoría interna. 2. Para su procedencia se debe ser funcionario de la auditoría, ejercer funciones sustanciales de auditoría y control interno, contar con el título académico necesario y suficiente para el ejercicio liberal de la profesión que le permita estar incorporado al colegio profesional respectivo, en caso que así esté dispuesto. 3. Podrán recibir el pago aquellos servidores que reúnan las condiciones indicadas, independientemente de la plaza en la que se encuentren nombrados, salvo los puestos que ejercen funciones de apoyo en la Auditoría Interna. 4. La LGCI establece el porcentaje de prohibición aplicable. Al ser una norma especial y posterior deja sin efecto de manera tácita las disposiciones de las leyes n°. 5867 de 1975 y n°. 6982 de 1984 respecto del personal de las auditorías internas en ellas regulado. 5. Corresponde al

Auditor(a) Interno(a) como responsable de la auditoría interna la organización del personal a su cargo, al ser de su competencia.

(Oficio N° 12419-2018 (DJ-1153) del 30 de agosto del 2018. División Jurídica. Contraloría General de la República).

1.14 Condiciones para la negociación de una convención colectiva en la Municipalidad de San Rafael de Heredia

La CGR se pronunció sobre una consulta planteada por la auditoría interna de la Municipalidad de San Rafael de Heredia, en relación con la negociación de una convención colectiva entre aquel gobierno local y la Asociación de Empleados Públicos y Privados, ante las disposiciones del nuevo Código Procesal Laboral y directrices emitidas por la Presidencia de la República, ante lo que se indicó lo siguiente: 1. Las municipalidades cuentan con autonomía constitucional para tomar la decisión, respecto a la negociación de una nueva Convención Colectiva ajustada al bloque de legalidad. 2. Las cláusulas de una convención colectiva, pueden conceder márgenes superiores a los mínimos legales establecidos, de forma razonable y proporcionada. 3. Las autoridades administrativas son las responsables primarias en velar porque lo convenido, se ajuste al bloque de legalidad, más aún cuando comprometen el uso de fondos públicos.

(Oficio N° 12491-2018 (DJ-1160) del 31 de agosto del 2018. División Jurídica. Contraloría General de la República).

Criterios

Contratación Administrativa

II. Criterios Contratación Administrativa

2.1 Comités Cantonales de Deportes no son personas jurídicas

Los Comités Cantonales de Deportes y Recreación son órganos adscritos a las municipalidades, que si bien tienen personalidad jurídica instrumental, no los convierte en una persona jurídica. Esto implica como consecuencia que la municipalidad respectiva es la que debe emitir el reglamento de funcionamiento de su respectivo Comité Cantonal de Deportes y Recreación.

[Resolución N° R-DCA-0239-2018 del 7 de marzo de 2018](#)

2.2 Alcance de la personalidad jurídica de los Comités Cantonales de Deportes

La personalidad jurídica instrumental que ostentan los Comités Cantonales de Deportes y Recreación los habilita tanto para construir, administrar y mantener las instalaciones deportivas de su propiedad o las otorgadas en administración, como para desarrollar planes, proyectos y programas deportivos y recreativos cantonales. Debe advertirse que la norma no dispone expresamente que dichos planes, proyectos y programas deportivos y recreativos deban necesariamente desarrollarse en las instalaciones deportivas de propiedad de los comités cantonales o administradas por éstos, sino que una interpretación lógica y acorde con los fines que persigue la creación de los comités cantonales de deportes y recreación implican que el desarrollo de dichas actividades pueda efectuarse en un espacio distinto dentro del cantón, cuando así sea requerido para cumplir de forma adecuada con los objetivos definidos en el plan, proyecto o programa que se trate.

[Oficio N° 05245-2018 del 16 de abril de 2018.](#)

2.3 CGR subraya importancia de subsanación de ofertas en procedimientos de contratación administrativa

El procedimiento de contratación es un medio o instrumento y no un fin en sí mismo, razón por la cual el legislador le otorga una relevancia particular al principio de conservación de las ofertas, que deriva directamente del principio de eficiencia, para que de esa forma, únicamente se excluyan las ofertas que presenten vicios insubsanables. En sentido contrario, siempre que se trate de un vicio subsanable se deberá buscar su subsanación, teniendo claro que esa es la posición que más beneficia la satisfacción del interés público. Por ello, la posibilidad de subsanar no se agota simplemente en una solicitud que abogue por un cumplimiento formal de las disposiciones normativas. Esto implica contemplar un plazo razonable para la subsanación del vicio del que se trate y que una vez resuelto, exista la posibilidad de procesar la información que se subsana.

[Resolución N° R-DCA-0323-2018 del 6 de abril de 2018.](#)

2.4 CGR explica alcance de la figura de la subsanación en un procedimiento de contratación administrativa

Para que la subsanación sea útil en los procedimientos de contratación y no afecte negativamente la correcta tramitación del procedimiento a través de una dilación exacerbada en los tiempos del análisis de las ofertas, se le debe dar una lectura ajustada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, siempre dentro del alcance del principio de eficiencia.

[Resolución N° R-DCA-0236-2018 del 6 de marzo de 2018.](#)

2.5 Casos en los que puede aplicarse contrataciones directas por escasa cuantía y entrega según demanda

Toda contratación bajo la modalidad de entrega según demanda, en principio es de cuantía inestimable, correspondiendo promover una licitación pública. Sin

embargo, las administraciones licitantes pueden utilizar la licitación abreviada si han establecido desde el cartel de la compra, topes presupuestarios correspondientes a este tipo de contrataciones (licitación abreviada). Con base en este antecedente, la DCA reconoce la posibilidad de promover una contratación directa por escasa cuantía, siempre que se establezca desde el cartel el respectivo tope presupuestario (gasto máximo al que se obligan las partes), que no podrá sobrepasar el límite correspondiente a dicho procedimiento (contratación directa por escasa cuantía).

[Resolución N.º R-DCA-0142-2018 del 13 de febrero de 2018.](#)

2.6 Competencia de la CGR para conocer solicitudes de aprobación de liquidaciones y autorización de cesiones

La atención de solicitudes de aprobación de liquidaciones y autorización de cesiones que realiza la CGR debe estar precedida por la corroboración de que el contrato respectivo haya sido refrendado. En caso que así sea, se debe determinar si con base en el reglamento de refrendo al momento de presentarse la solicitud, ese mismo contrato sería refrendado, si la respuesta es afirmativa, se entra a conocer el caso, si es negativa, se devuelve. Por su parte, si el contrato no se refrendó, la gestión debe ser devuelta por no requerir la aprobación. Con esta resolución se unifican en adelante, las posiciones que han existido en torno al análisis de solicitudes de aprobación de liquidaciones y la autorización de cesión.

[Oficio N° 04439-2018 del 23 de marzo de 2018.](#)

2.7 Aplicación de régimen recursivo a un procedimiento degradado

El régimen recursivo aplicable a un procedimiento degradado ya no será el que aplica para el proceso de contratación que lo originó, sino más bien al del proceso que se degradó, ello siempre y cuando ese régimen recursivo se encuentre contemplado para el tipo de procedimiento que se trate. Ello implica

por ejemplo, que en el caso de una licitación pública degradada a licitación abreviada, procederá el recurso de objeción solo ante la Administración, visto que este tipo de recurso no está contemplado conocerlo a la Contraloría General de la República cuando se trate de licitaciones abreviadas, como sí opera para casos de licitaciones públicas, y a su vez, el recurso contra el acto final procederá si por la cuantía así corresponde conocerlo a este Despacho. De forma tal que el régimen recursivo aplicable será el contemplado para el tipo de procedimiento –con independencia del monto de la adjudicación. (Cambio de criterio).

[\(Resolución N° R-DCA-0616-2018 del 26 de junio de 2018. Recurso de Apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República\).](#)

2.8 Pago de Honorarios para Profesionales en Derecho

En relación con el pago de honorarios para los profesionales en Derecho, resulta de aplicación el Decreto Ejecutivo 39078-JP del 25 de mayo de 2015, Arancel de Honorarios por Servicios Profesionales de Abogacía y Notariado, que en el artículo 1, dispone la obligatoriedad de su acatamiento. Esta normativa es de acatamiento obligatorio para los Abogados (as) y Notarios (as), particulares en general y funcionarios (as) públicos (as) de toda índole. En razón de lo anterior, contra este Decreto Ejecutivo no podrán oponerse acuerdos o disposiciones de entidades públicas o privadas que de forma alguna contravengan, varíen o modifiquen las situaciones aquí reguladas. Además, en el artículo 3 del mismo decreto se señala: “Los honorarios de los Abogados (as) deben ser cancelados en las oportunidades que corresponda, conforme a la naturaleza de los servicios profesionales brindados y en los términos que señale este Arancel”. El resguardo de ese interés público, no faculta a la Administración a desaplicar o desconocer cartelariamente, disposiciones de rango superior al cartel.

[\(Resolución N° R-DCA-0515-2018 del 1 de junio de 2018. Recurso de Objeción. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República\).](#)

2.9 Oferta que obtuvo el Mayor Puntaje

Si bien la recomendación técnica instruyó a la Junta de Educación sobre la necesidad de determinar la existencia de contenido presupuestario adicional para hacer frente a una eventual adjudicación en la oferta que obtuvo el mayor puntaje; el órgano decisor adjudicó sin incorporar nuevos recursos al presupuesto existente para la obra, y sin solicitar al oferente ajustar su oferta al contenido presupuestario. El adjudicatario, al contestar la audiencia inicial no ajustó su oferta al contenido presupuestario, y la Administración manifestó la imposibilidad de aumentar el contenido económico, con lo cual resultó en la anulación del acto de adjudicación y la descalificación técnica del adjudicatario. (Reiteración de criterio).

(Resolución N° R-DCA-0454-2018 del 21 de mayo de 2018. Recurso de Apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.10 Levantamiento de prohibición sólo surte efecto para concursos cuya apertura de ofertas sea posterior a su emisión

La CGR denegó el levantamiento de prohibición solicitado por un notario público que pretendía participar en dos licitaciones públicas promovidas para la contratación de los servicios de notarios externos, una por el Banco Nacional de Costa Rica (licitación pública 2017LN000010-0000100001) y otra por el Banco de Costa Rica (licitación pública 2017LN-000031-01). La denegatoria se debió a que ambos procedimientos de compra fueron iniciados desde el año pasado y a la fecha de la solicitud del interesado no se había emitido el acto de adjudicación respectivo, siendo que con base en el artículo 24 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, el acto de levantamiento de la prohibición sólo surte efectos para aquellos concursos en donde la apertura de ofertas sea posterior a la fecha y hora de la resolución de levantamiento.

(Resolución N° R-DCA-0637-2018 del 03 de julio del 2018. Levantamiento de prohibición. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.11 Modificación del plazo contractual que no requiere autorización de la CGR

Si la modificación de un contrato ocurre exclusivamente en el plazo originalmente pactado, manteniéndose el mismo precio, no se deben contabilizar los pagos que se efectúen durante el período ampliado como un incremento en el monto, que incide en el cálculo del límite máximo del 50% de la suma del contrato original (límite máximo que admite modificaciones unilaterales de la Administración), por lo que en tal supuesto no se requiere la autorización de la CGR para proceder con dicha modificación, según el inciso c) del numeral 208 del RLCA.

(Oficio N° 09457-2018 del 06 de julio del 2018. Autorización. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.12 Modificación contractual en contratos de entrega según demanda del INS

La CGR analizó la modificación contractual en contratos de entrega según demanda promovidos por el INS, específicamente el exceso del 50% del monto original del contrato, el cual no puede calcularse a partir de la estimación del consumo, comportamiento que se encuentra supeditado a las necesidades de la Administración y de lo cual deriva su naturaleza inestimable. Por lo anterior y conforme lo establece la norma, se recurre al parámetro de inclusión de nuevos bienes y servicios o sino, al plazo. En el caso concreto, el INS requirió la modificación para ampliar el objeto de la licitación 2017LA-000003-000100001 para la prestación de "servicios de lavandería de ropa de uso en Centros de Salud de la Red de Servicios de Salud S.A., ubicados en Batán, Guápiles, Siquirres, Turrialba y Pérez Zeledón", a fin de incorporar dos partidas adicionales: Limón y Golfito - Ciudad Neilly, servicios que no fueron considerados desde la génesis de la licitación abreviada. Lo anterior se reafirma no sólo con las valoraciones realizadas por el propio oferente en donde tuvo que considerar, entre otros factores, la distancia entre los centros inicialmente pactados de Batán, Siquirres, Guápiles y Pérez Zeledón, así como el posible volumen a contratar con los nuevos centros localizados en Limón,

Ciudad Neilly y Golfito, lo que en consecuencia implica además un precio nuevo de frente a estos servicios. En este escenario, se configura la circunstancia de que la modificación a realizar en el objeto originalmente contratado para dos partidas, implicaría un incremento de más del 50% (una partida) siendo que al incorporar dos líneas adicionales, representa una modificación del 100% en el objeto.

(Oficio N° 09531-2018 del 09 de julio de 2018. Autorización. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.13 Prohibición para contratar con la Administración puede ser levantada con el cumplimiento de al menos uno de los supuestos del artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa

La CGR levantó la prohibición para contratar con el Estado a una empresa ligada a familiares de un viceministro, con quien tienen una relación de hasta tercer grado de consanguinidad y afinidad, y poseen no solo la titularidad de más del 25% del capital social de la empresa, sino que además ejercen puestos de dirección y de representación, al ser apoderados generalísimos sin límite de suma. La CGR resuelve levantar la prohibición, en virtud de que la empresa solicitante acreditó que ejercía la actividad comercial desde un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición, de manera que se cumple con el inciso a) del artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa.

(Resolución N° R-DCA-0792-2018 del 14 de agosto de 2018. Levantamiento de Prohibición. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.14 Funcionarios de elección popular tienen prohibido contratar con el Estado desde el momento en que el TSE declara oficialmente los resultados electorales

Los servidores de elección popular y sus familiares hasta tercer grado de consanguinidad y afinidad

están impedidos para participar en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Administración Pública en general (incisos a) y h) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa). Dicha prohibición comienza a surtir efectos desde el momento en que el Tribunal Supremo de Elecciones declare oficialmente el resultado de las elecciones, es decir, a partir de la publicación de dicha declaratoria en La Gaceta (en virtud de lo señalado en el numeral 102, incisos 7) y 8) de la Constitución Política y los artículos 12, inciso h), 198, 199 y 200 del Código Electoral).

(Resolución N° R-DCA-0642-2018 del 03 de julio del 2018. Levantamiento de prohibición. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.15 CGR tiene competencia para conocer recursos de objeción presentados en concurso tramitado por CORBANA

De conformidad con la LCA, la CGR puede conocer recursos de objeción únicamente en procedimientos de licitación pública; no obstante, amparada en el principio de control de asidero constitucional, también podría conocer recursos de objeción al cartel o de apelación derivados de procedimientos de compra promovidos por órganos o entes que se rigen por los principios de la contratación administrativa. CORBANA, ente público no estatal, promovió una contratación de obra que se financiará con recursos del Fondo Especial de Prevención e Infraestructura, el cual se alimenta de un impuesto, es decir, tiene un origen parafiscal y en tal medida, constituye recursos públicos, por lo que le resultan aplicables los principios referidos según el artículo 1 de la LCA. Aún y cuando dichos ingresos no han sido transferidos o puestos a disposición de CORBANA mediante norma o partida presupuestaria, sí tienen naturaleza de recursos públicos y por lo tanto, se encuentran amparados en el referido artículo 1 de la LCA, surgiendo entonces la competencia del órgano contralor para conocer del fondo del recurso.

(Resolución N° R-DCA-0799-2018 del 16 de agosto del 2018. Levantamiento de Prohibición. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.16 Recurso de objeción al cartel en concursos de UNOPS procede una vez que CONAVI aprueba el cartel definitivo

En materia de objeción de carteles en los concursos tramitados por la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS), se parte del reconocimiento de un acto compuesto, que está conformado, por una parte, con la decisión adoptada por UNOPS y por otra, con el acto de no objeción emitido por CONAVI que respalda aquella decisión de UNOPS. En la primera etapa -decisión adoptada por UNOPS- los oferentes pueden solicitar aclaraciones y no procede el recurso de objeción. Posteriormente, con el cartel definitivo y la respectiva aprobación del CONAVI, se podría objetar dicho cartel ante la Contraloría General de la República.

(Resolución N° R-DCA-0840-2018 del 30 de agosto de 2018. Recurso de Objeción. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

2.17 CGR rechaza recurso de apelación por haberse presentado contra un acto preparatorio de un concurso público

Un consorcio comercial presentó recurso de apelación en contra de la conformación de un "Banco de oferentes" constituido mediante el proceso de precalificación No. 08-2018 promovido por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia (ESPH), para la precalificación de oferentes para brindar los servicios de suministro, sustitución, puesta en marcha, mantenimiento y capacitación técnica de sistemas de iluminación pública en tecnología led. La CGR resolvió que el acto cuestionado consiste en un acto preparatorio y no en el acto final del concurso, por lo que no tiene la competencia para conocer dicho recurso de apelación y de conformidad con el artículo 187 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, lo rechazó de plano, al verificar que en la tramitación de aquella licitación no se había emitido aún un acto final.

(Resolución N° R-DCA-0788-2018 del 13 de agosto de 2018. Apelación. División de Contratación Administrativa. Contraloría General de la República).

Jurisprudencia
Relevante

III. Jurisprudencia Relevante

3.1 Un año es el plazo para presentar demanda ante el Contencioso Administrativo en materia de procedimientos administrativos

El Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda indicó que el plazo para presentar una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo cuando se pretende la nulidad del acto final de un procedimiento administrativo es de un año a partir de la comunicación del mismo, pues dicho acto es de efectos instantáneos y no continuados. En la misma resolución se aclara que ese plazo no se amplía, aún cuando se presente una medida cautelar que otorga 15 días para presentar el proceso de conocimiento (numeral 26.2 del CPCA). Resolución N° 000043-A-TC-2018 de las 10:03 horas del 21 de marzo de 2016. Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

3.2 Es improcedente el pago de salario escolar a funcionarios del Banco Central

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia declaró sin lugar la demanda planteada por funcionarios del Banco Central de Costa Rica y con ello la improcedencia del pago por concepto de salario escolar a aquellos funcionarios que están bajo el régimen de salario único. Lo anterior en tanto, estimó, el salario escolar está dispuesto por decreto y no por ley, de ahí que por la autonomía de la entidad bancaria, esta no se ve obligada a reconocer dicho pago. Resolución N° 215-2018 de las 09:30 horas del 02 de febrero de 2018, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

3.3 Tribunal Contencioso respalda nulidad de contratación directa dispuesta por la CGR

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda interpuesta por varias empresas, cuya adjudicación fue anulada por la CGR en un procedimiento de contratación directa que tuvo

por objeto el “Diseño estructural y construcción de la primera etapa del edificio para la sede central del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, en sistema constructivo prefabricado en concreto”. El Tribunal estimó que la decisión de la CGR fue acorde con el bloque de legalidad y en apego a sus competencias, al considerar que en la tramitación de dicho procedimiento hubo situaciones que violentaron aspectos esenciales de la contratación administrativa como los principios de buena fe, transparencia y seguridad jurídica que rigen esta materia. La resolución no se encuentra en firme. Resolución N° 025-2018-VII de las 11:00 horas del 13 de abril del año 2018, Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Séptima.

3.4 Tribunal Contencioso declaró sin lugar demanda contra procedimiento administrativo tramitado por la CGR

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda planteada por varios funcionarios y ex funcionarios de la Municipalidad de Nicoya contra el procedimiento administrativo tramitado por la CGR en el que se les atribuyó responsabilidad administrativa por haber realizado la donación de una finca de forma ilegal. Al respecto, el Tribunal consideró que el procedimiento administrativo tramitado por el órgano contralor estuvo apegado a derecho y que la División Jurídica de la CGR cuenta con las facultades legales para controlar y fiscalizar la Hacienda Pública. Sobre lo alegado por las partes en relación con la supuesta lesión a los principios de oralidad, concentración, inmediación e identidad del juzgador, el Tribunal estimó que dichos principios no necesariamente tienen que ser aplicados en la vía administrativa con el mismo rigor con el que deben ser aplicados en los procesos jurisdiccionales, en tanto lo relevante es garantizar el debido proceso, y que ello se logra mediante el respeto de las etapas regladas en el trámite del proceso y concediendo la oportunidad de conocer y de atacar las pruebas existentes en el procedimiento, tal y como lo hizo el órgano contralor. (Resolución N° 39-2018-II de las 10:00 del 31 de mayo de 2018. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

3.5 Tribunal Contencioso avaló la posibilidad de cesar de un cargo a un funcionario por una falta cometida en otra institución

El Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda planteada por una ex directiva del Fondo de Apoyo para la Educación Superior y Técnica del Puntarenense (FAESUTP) en contra de un procedimiento administrativo tramitado por la CGR, en el que la CGR atribuyó responsabilidad administrativa por actuaciones irregulares en la administración de dicho fondo y recomendó la sanción de despido sin responsabilidad patronal e impuso inhabilitación por dos años. Al respecto, el Tribunal además de avalar la competencia del órgano contralor para llevar procedimientos administrativos y recomendar la imposición de la sanción correspondiente; consideró procedente la aplicación de la sanción impuesta en este caso en un cargo distinto que la persona entró a ejercer posteriormente en otra institución. Al respecto, se consideró que el hecho de que el acto de recomendación se emita una vez que la persona esté designada en un puesto diferente al tenía como investigada, no constituye una excepción para la aplicación de las sanciones dispuestas por infracción a las normas de resguardo de la Hacienda Pública. (Resolución N° 59-2018-VI de las 10 horas del 17 de mayo de 2018. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda).

3.6 Juzgado confirma improcedencia en el pago de anualidades a exalcalde

El Juzgado de Trabajo del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica declaró improcedente el pago por concepto de anualidades pretendido por el exalcalde de la Municipalidad de Matina mediante demanda laboral, pues el cargo de alcalde municipal tiene un régimen salarial especial que no contempla el pago por concepto de anualidades, sino que este está contemplado en la Ley de Salarios, misma que no aplica para dichos cargos, en tanto existe norma especial; de ahí que no resulta procedente conceder el pago pretendido. Dicho criterio es coincidente con la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en otros casos donde ha intervenido la CGR, evitando así el pago de

sumas indebidas en perjuicio de la Hacienda Pública. La resolución no se encuentra en firme. (Resolución N° 000182 de las 10:42 horas del 24 de abril de 2018. Juzgado de Trabajo del I Circuito Judicial de la Zona Atlántica).

3.7 Sala Constitucional ordena acceso al expediente de la contratación administrativa tramitado por CONAVI

La Sala Constitucional declaró parcialmente con lugar el recurso de amparo interpuesto en el que el recurrente solicitó acceso a la revisión del expediente tramitado por el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI), de la Licitación para la "Construcción sostenible del puente sobre el Río Virilla en la Ruta Nacional N° 32, en límite entre la provincia de San José y la provincia de Heredia" (Licitación N° ITB-CRPC-90413-2016-002). En el "Por Tanto" de la resolución, la Sala declaró parcialmente con lugar el recurso de amparo interpuesto y ordenó al Director Ejecutivo del CONAVI, adoptar las medidas pertinentes y necesarias con el fin de coordinar con la Oficina de Naciones Unidas de Servicios para proyectos (UNOPS) para que garanticen el acceso al expediente de la contratación administrativa en cuestión, tanto a la CGR como a las partes interesadas. (La resolución está en redacción en la instancia judicial). (Resolución N° 008397 de las 10:41 horas del 25 de mayo de 2018. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

3.8 Tribunal Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda que pretendía anular despido por mala gestión de recursos públicos

El Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda declaró sin lugar la demanda interpuesta por un funcionario que había sido despedido por mala administración de recursos públicos, específicamente por haber aprobado transferencias en Caja Única del Estado en relación con proyectos de infraestructura que no tenían estudios previos, lo que provocó la ociosidad de esos fondos por años. La sentencia validó la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción impuesta, descartando los argumentos del funcionario

respecto del poco tiempo que llevaba en el puesto y tuvo por acreditadas las faltas graves cometidas en la gestión y supervisión de los recursos girados, lo que vulneró el deber de probidad al generar ociosidad de recursos públicos y con esto la insatisfacción del fin público que debía cumplirse, imposibilitando que otras instituciones los usaran para satisfacer sus necesidades. La resolución no se encuentra en firme. Resolución N° 000069-2018-VI de las 14:00 horas del 03 de agosto del 2018. Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.



Revista de Derecho de la

Hacienda Pública