

Revista de Derecho de la
Hacienda Pública

Vol XXV. 2025



Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518

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

Semestral ISSN-221-3624

Revista de Derecho de la Hacienda Pública

Contraloría General de la República

Consejo Editorial

Erick Solano Coto
Fanny Ledezma Boschini
Kattia Valerio Jiménez
Karla Madriz Martínez
Luis Diego Ramírez González

Director de la Revista:

Luis Diego Ramírez González

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

Índice

Estudios de Colaboradores Nacionales6

El entorno institucional de la contratación pública como condicionante del comportamiento estratégico empresarial: análisis y perspectivas desde el caso costarricense	7
El Valor por Dinero y la nueva legislación de contratación pública costarricense: un cambio de paradigma...	21
Algunas notas sobre el procedimiento especial de contratación de urgencia versus el régimen de excepción	30
Plusvalía ecológica ilícita: fundamentos para su aplicación en Costa Rica	36

Estudios de Colaboradora Internacional.....60

A más de 30 años de la irrupción de la Auditoría General de la Nación de Argentina	61
--	----

Criterios Relevantes.....70

I. Potestad Consultiva71

1. Normas de convención colectiva no aplican en procesos de selección y nombramiento del auditor interno	72
2. Concejo Municipal es el órgano competente para nombrar al contador de la Municipalidad de Zarcero	72
3. Municipalidades pueden colaborar con el Estado en el mantenimiento de la red vial nacional mediante suscripción de convenios	72
4. Naturaleza jurídica de los recursos de los Comités Cantonales de Deportes y Recreación (CCDR)	72
5. Requisitos de los compromisos presupuestarios	73
6. Legalización de los libros de actas cuando no se cuente con auditor interno	73
7. Se aclaran requisitos para que administraciones municipales pueden donar instrumentos a bandas comunales.....	73
8. Responsabilidades del Concejo Municipal en el proceso de autorización de vacaciones del auditor interno	74
9. Competencia del auditor interno para referirse a los cargos bajo su liderazgo.....	74
10. Regulación y control de vehículos oficiales en el sector público	74
11. Contraloría General de la República (CGR) aclara sobre creación de plazas de confianza en el ámbito municipal por medio de modificación presupuestaria	75
12. Los movimientos de personal de la Auditoría Interna requieren respaldo formal del auditor interno.....	75
13. Inversión de fondos públicos en centros educativos ubicados en terrenos a nombre de terceros debe ser excepcional	75

14. Contraloría General de la República (CGR) aclara alcance del pago de prohibición en puestos de dirección.....	7 6
---	-----

II. Criterios Contratación Pública77

1. Obligación de verificar subcontratación en actividades especializadas	7 8
2. Cotización en moneda nacional según la Directriz 44-H del Ministerio de Hacienda.....	7 8
3. Reconocimiento y equiparación de títulos académicos del extranjero para profesionales incorporados al CFIA.....	7 8
4. Contraloría General tiene competencia para conocer recursos de objeción de licitaciones públicas tramitadas por el ICE al amparo de la Ley n° 8660	7 8
5. Consorcios. Objeto contractual y condición PYME	7 9
6. Permiso sanitario de funcionamiento se verifica en la etapa de ejecución	7 9
7. Recurso de apelación rechazado de plano por falta de fundamentación y acreditación de incumplimiento	7 9
8. Razonabilidad de precio en las ofertas de contratación pública	7 9
9. Trascendencia y declaratoria de infructuosidad de un concurso.....	8 0
10. Distinción cualitativa y no cuantitativa del procedimiento de licitación.....	8 0
11. Atención de solicitudes de información en procedimientos de contratación pública	8 1

III. Oficio de carácter preventivo82

1. Cinco herramientas clave para el fortalecimiento de la integridad en la Gestión Aduanera.....	8 3
--	-----

Estudios de
Colaboradores
Nacionales





Manuel Vega-Villalobos¹

El entorno institucional de la contratación pública como condicionante del comportamiento estratégico empresarial: análisis y perspectivas desde el caso costarricense

Sumario

- 1 Introducción
- 2 Marco Teórico
- 3 Contexto normativo y administrativo
- 4 Efectos sobre el comportamiento estratégico empresarial
- 5 Barreras institucionales y riesgo de corrupción
- 6 Reflexiones y recomendaciones
- 7 Referencias bibliográficas

¹ Licenciado en Derecho, Universidad de San José. Máster en Administración de Empresas con énfasis en Contratación Administrativa, Universidad Fidélitas. Doctorando en Dirección de Empresas, Universidad Instituto Tecnológico de Costa Rica. Con más de 30 años de experiencia en la Administración Pública, laborando para la Asamblea Legislativa como asesor parlamentario, Subdirector General de la Dirección General de Migración y Extranjería, Director Ejecutivo del Consejo de Transporte Público y Asesor Jurídico del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. En el campo privado es el Director General del Grupo Educactiva.

Correo: manuel.vega7@itcr.ac.cr

ORCID: 0009-0007-3704-2692



Pregunta de investigación:

¿De qué manera las características del entorno institucional costarricense en materia de contratación pública condicionan el comportamiento estratégico de las empresas proveedoras del Estado?

Tema central:

Se ha argumentado que el entorno institucional de la contratación pública—incluyendo aspectos normativos, administrativos y riesgos como la corrupción— influye directa e indirectamente en el comportamiento estratégico de las empresas proveedoras del Estado.

Resumen

El entorno institucional de la contratación pública en América Latina, y en particular en Costa Rica, representa un factor crítico que condiciona las decisiones estratégicas del sector empresarial. Este artículo examina cómo las normas, prácticas administrativas y condiciones institucionales inciden en la participación, el comportamiento competitivo y las decisiones de inversión de las empresas privadas que interactúan con el Estado. A través de un enfoque multidisciplinario—que integra teoría institucional, análisis económico del derecho y estudios sobre corrupción— se argumenta que la burocracia excesiva, la incertidumbre normativa y el riesgo de discrecionalidad generan barreras que distorsionan los incentivos del sector productivo. El artículo ofrece un análisis comparado regional, evidencia empírica del caso costarricense y un modelo conceptual que permite comprender cómo las empresas adaptan su conducta estratégica ante estos desafíos. Se concluye con recomendaciones para rediseñar los sistemas de compras públicas de manera que promuevan un entorno más predecible, transparente y orientado a resultados.

Palabras clave: contratación pública, comportamiento estratégico, entorno institucional, empresas, Costa Rica, corrupción, política pública.

Abstract

The institutional environment of public procurement in Latin America—particularly in Costa Rica—plays a pivotal

role in shaping the strategic decisions of private-sector companies. This article analyzes how legal frameworks, administrative practices, and institutional conditions influence business participation, competitive behavior, and investment strategies when engaging with the State. Using a multidisciplinary approach—drawing from institutional theory, economic analysis of law, and corruption studies—the article argues that excessive bureaucracy, regulatory uncertainty, and discretionary risks create barriers that distort productive incentives. A comparative regional perspective is provided alongside empirical evidence from the Costa Rican case and a conceptual model explaining how businesses adapt their strategic behavior in response to these challenges. The article concludes with policy recommendations to redesign procurement systems toward more predictable, transparent, and results-oriented environments.

Keywords: public procurement, strategic behavior, institutional environment, business, Costa Rica, corruption, public policy.

1. Introducción

En Costa Rica, la contratación pública representa no solo una herramienta para la adquisición de bienes y servicios, sino también un mecanismo de intervención estatal con implicaciones económicas, políticas y sociales. A través del gasto público, el Estado incide directamente en la distribución de recursos, la activación de sectores estratégicos y la configuración de relaciones entre lo público y lo privado. Sin embargo, las reglas, estructuras y prácticas que regulan este sistema no son neutras: moldean, condicionan y en ocasiones distorsionan el comportamiento de los actores económicos que participan en él.

La contratación pública constituye un instrumento estratégico mediante el cual el Estado no solo adquiere bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines, sino que también interviene en la configuración del entorno económico y en la orientación del desarrollo productivo. Representando entre un 10% y 20% del PIB en muchos países de América Latina (OCDE, 2016; Banco Mundial, 2022), las compras públicas tienen una función estructural en las dinámicas del mercado,

la innovación tecnológica y la promoción de objetivos de política pública, como la sostenibilidad, la inclusión social o el fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs).

En este contexto, la relación entre la administración pública y el sector privado no se limita a una lógica transaccional, sino que se enmarca en una red compleja de incentivos, riesgos y restricciones institucionales. Desde la perspectiva de las empresas, participar en procesos de contratación pública implica tomar decisiones estratégicas que involucran análisis de costos de transacción, evaluación del marco normativo, valoración de riesgos reputacionales y cálculo de retornos esperados a corto y largo plazo (Williamson, 1985; North, 1990). La racionalidad empresarial no opera en el vacío, sino que responde a señales estructurales del entorno institucional en el que se desarrollan los procesos de compra estatal.

En América Latina, uno de los principales desafíos para las empresas que interactúan con el Estado radica en la alta carga burocrática, la dispersión normativa y la debilidad de los mecanismos de gobernanza que regulan los procesos de contratación pública (UNOPS, 2021). Estos factores generan altos costos de cumplimiento, reducen la previsibilidad de los resultados y alimentan una percepción de riesgo jurídico que desalienta la participación, especialmente de empresas innovadoras o de menor tamaño. A ello se suma la amenaza latente de la corrupción administrativa, la cual no solo representa un riesgo ético y legal para las organizaciones privadas, sino que también distorsiona los incentivos del mercado, introduce asimetrías en la competencia y afecta negativamente la calidad del gasto público (Transparencia Internacional, 2023).

Particularmente en Costa Rica, la contratación pública ha estado marcada históricamente por un entramado normativo altamente técnico, con múltiples órganos rectores y una excesiva formalización de los procedimientos. La reciente entrada en vigor de la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986, 2022) representa un intento de modernizar el sistema, integrando criterios de eficiencia, sostenibilidad y transparencia. No obstante, los desafíos persisten: la coexistencia de múltiples plataformas tecnológicas, la limitada profesionalización del personal comprador, los frecuentes cuestionamientos a los pliegos de condiciones y la elevada tasa de impugnaciones ante la Contraloría General de la República (CGR) reflejan una

institucionalidad que, en muchos casos, obstaculiza en lugar de facilitar el acceso competitivo a las contrataciones estatales (CGR, 2023).

Desde una perspectiva estratégica empresarial, estos elementos institucionales generan efectos relevantes en la toma de decisiones. Las empresas deben considerar si participar o no en un procedimiento de compra estatal en función de variables como la estabilidad normativa, la confiabilidad del sistema de resolución de disputas, el grado de discrecionalidad de los evaluadores, y la relación costo-beneficio del esfuerzo administrativo que implica participar. En países donde el sistema es percibido como complejo o sesgado, las empresas desarrollan mecanismos adaptativos que van desde la no participación hasta el desarrollo de capacidades específicas para sortear la burocracia o incluso, en casos extremos, estrategias relacionales que pueden lindar con prácticas colusorias o corruptas (Søreide, 2006; Estache & Iimi, 2011).

La literatura sobre instituciones y economía de la organización ha mostrado que cuando las reglas del juego son inestables, ambiguas o aplicadas de forma desigual, las organizaciones tienden a modificar su comportamiento para proteger sus intereses (North, 1990; DiMaggio & Powell, 1983). En el ámbito de la contratación pública, esto puede traducirse en una menor innovación, en propuestas defensivas y conservadoras, en sobrecostos preventivos o incluso en desincentivos para participar, afectando la calidad y eficiencia de los servicios que recibe el Estado. A su vez, estas conductas tienen un impacto directo sobre la eficiencia global del sistema, reduciendo la competencia efectiva, encareciendo las compras y limitando la capacidad del Estado para alinear la contratación con objetivos de desarrollo.

Este artículo parte de la premisa de que el entorno institucional de la contratación pública —definido por normas jurídicas, procedimientos administrativos, valores organizacionales y percepciones de integridad— constituye un condicionante clave del comportamiento estratégico empresarial. Por comportamiento estratégico se entiende aquí el conjunto de decisiones deliberadas que adoptan las empresas para maximizar su posicionamiento competitivo, gestionar riesgos regulatorios y adaptarse (o influir) en el entorno institucional que enfrentan. Estas decisiones no se limitan al diseño de ofertas o estructuras de costos, sino que incluyen acciones como el litigio, la búsqueda

de alianzas, la abstención de participación o la inversión en cumplimiento normativo.

En este marco, se argumenta que un entorno institucional caracterizado por complejidad normativa, inestabilidad procedimental, discrecionalidad y riesgo de captura no solo incrementa los costos de transacción, sino que introduce incentivos que pueden desincentivar la competencia o inducir a comportamientos oportunistas. A partir del caso costarricense, el artículo analiza cómo las empresas reconfiguran sus estrategias frente a un sistema de contratación pública que, en la práctica, plantea barreras y ambigüedades que trascienden el mero cumplimiento legal.

Desde una perspectiva interdisciplinaria, se combinan aportes de la teoría institucional, la economía de la contratación pública y los estudios sobre corrupción, con evidencia empírica y casos reales del contexto nacional. El objetivo es aportar a la comprensión del vínculo entre diseño institucional y racionalidad empresarial, en un campo que ha sido tradicionalmente abordado desde una lógica jurídico-formal, pero que demanda enfoques más integradores y críticos. Promoviendo un entorno que favorezca la innovación, la transparencia y la eficiencia, sin perder de vista la importancia de la integridad pública como elemento esencial para una relación sana y sostenible entre el Estado y las empresas.

El artículo se estructura en cinco secciones. Tras esta introducción, se presenta un marco teórico que articula las bases conceptuales empleadas; luego, se describe el contexto normativo y administrativo de la contratación pública en Costa Rica; en seguida, se analizan los efectos de dicho entorno sobre el comportamiento estratégico de las empresas; y finalmente, se abordan las principales barreras institucionales asociadas al riesgo de corrupción. El texto concluye con un apartado de reflexiones y recomendaciones que podrían servir como insumo para el rediseño institucional del sistema de compras públicas en clave de eficiencia, transparencia y racionalidad estratégica.

2. Marco Teórico

El análisis del comportamiento estratégico empresarial en el ámbito de la contratación pública requiere un abordaje teórico que permita comprender cómo las empresas no solo reaccionan, sino también se adaptan y responden estratégicamente ante las presiones y

oportunidades del entorno institucional. A tal efecto, se articula una perspectiva conceptual que integra la teoría institucional, el análisis económico del derecho y los estudios sobre integridad pública.

2.1 La teoría institucional y el entorno de acción empresarial

Desde la teoría institucional, las organizaciones son vistas como actores cuyas decisiones están profundamente influenciadas por el marco normativo, cultural y cognitivo en el que operan. North (1990) define las instituciones como “las reglas del juego en una sociedad”, subrayando su función para reducir la incertidumbre, pero también su potencial para generar rigideces, barreras y estructuras de poder. Scott (2008), por su parte, distingue tres pilares que sostienen el orden institucional: el regulativo (leyes y sanciones), el normativo (valores y expectativas sociales) y el cultural-cognitivo (formas compartidas de interpretar la realidad). Estos pilares permiten explicar por qué las empresas no solo responden a incentivos formales, sino también a presiones simbólicas y prácticas heredadas.

En el contexto de la contratación pública, estas dimensiones institucionales adquieren una especial relevancia. Las normas legales establecen los requisitos formales de participación; los procedimientos administrativos moldean las experiencias operativas de los proveedores; y las percepciones sociales sobre legitimidad o favoritismo condicionan la reputación y la estrategia de quienes interactúan con el Estado. En este sentido, el comportamiento estratégico empresarial no es neutro ni homogéneo: se configura a partir de la lectura que cada organización hace del entorno, su capacidad de adaptación y su posición relativa frente a los riesgos percibidos.

2.2 Comportamiento estratégico y respuestas organizacionales

Las decisiones estratégicas empresariales no se toman en el vacío. La teoría del comportamiento estratégico ha reconocido que las empresas actúan en contextos institucionales que las presionan para alinearse con determinadas prácticas. Oliver (1991) identifica una tipología de respuestas estratégicas de las organizaciones ante presiones institucionales: acatamiento, compromiso, compromiso estratégico, evasión o manipulación. Estas respuestas pueden verse condicionadas por factores como la dependencia de

recursos públicos, la visibilidad de la empresa o el grado de discrecionalidad normativa.

Desde la perspectiva de Porter (1985), la estrategia empresarial consiste en generar ventajas competitivas sostenibles dentro de un mercado. Sin embargo, cuando el acceso al mercado está mediado por mecanismos institucionales —como es el caso de las licitaciones públicas— la lógica de competencia se ve modificada. Así, las empresas no solo compiten por precio o calidad, sino también por su capacidad de adaptarse a los requisitos normativos, gestionar los riesgos burocráticos o interpretar correctamente los incentivos institucionales.

En el contexto de la contratación pública costarricense, por ejemplo, las empresas proveedoras deben diseñar sus estrategias no solo considerando los costos y márgenes comerciales, sino también aspectos como la probabilidad de impugnaciones, los plazos de pago del Estado, las modificaciones de los pliegos de condiciones y la discrecionalidad de las autoridades contratantes.

2.3 Economía de la contratación pública y riesgos de agencia

La economía de la contratación pública incorpora elementos de la teoría de la agencia para explicar los problemas que surgen en la relación entre los entes públicos (principal) y los proveedores privados (agente). Laffont y Tirole (1993) advierten que esta relación está expuesta a riesgos derivados de la información asimétrica, los incentivos mal alineados y la posible captura de los procesos de contratación. Cuanto más débil sea el entorno institucional, mayores serán los costos de transacción y la posibilidad de comportamientos oportunistas.

Asimismo, Spiller y Tommasi (2003) argumentan que los países con instituciones débiles tienden a generar políticas públicas inconsistentes y de baja calidad, lo cual también se refleja en los mecanismos de contratación. En estas condiciones, las empresas enfrentan un entorno incierto, lo que las lleva a modificar sus estrategias: pueden volverse más conservadoras, reducir inversiones, aumentar los márgenes de riesgo, o incluso abstenerse de participar en licitaciones.

En el caso costarricense, se observa una alta tasa de impugnaciones, múltiples modificaciones de los pliegos de condiciones y procesos, para concretar

las contrataciones, prolongados, lo cual introduce inestabilidad e incertidumbre a las empresas. Este entorno puede favorecer comportamientos adaptativos, como el uso de alianzas con socios locales para reducir riesgos, la especialización en procedimientos simplificados o el diseño de estrategias para influir sobre los procesos normativos. Sin dejar de lado, siendo claros, los riesgos de corrupción.

2.4 El entorno institucional y su impacto en el comportamiento estratégico empresarial en contratación pública

La teoría institucional proporciona un marco clave para comprender cómo las organizaciones adaptan sus estrategias en respuesta a presiones del entorno regulatorio, normativo y cultural (DiMaggio & Powell, 1983). Esta teoría sostiene que las empresas no solo actúan en función de objetivos económicos racionales, sino también como respuesta a exigencias institucionales que buscan legitimar su operación en un campo determinado.

En el ámbito de la contratación pública, las empresas deben cumplir con complejos marcos legales, políticas administrativas y prácticas burocráticas que determinan las condiciones de acceso, competencia y ejecución de contratos con el Estado. El entorno institucional, en este escenario, moldea de manera significativa las decisiones estratégicas adoptadas por las empresas² (North, 1990; Scott, 2008). En particular, en países como Costa Rica, donde la normativa está en constante evolución, las empresas deben invertir recursos significativos para interpretar, anticipar y adaptarse a dichos cambios.

A partir de la revisión de literatura reciente, se identifican tres dimensiones clave que componen el entorno institucional en la contratación pública:

- a. Dimensión normativa:** Engloba el conjunto de leyes, reglamentos y directrices que regulan los procedimientos de compra pública. Estas normas no solo establecen reglas del juego, sino que también introducen incentivos y restricciones que

² El análisis de North (1990) destaca cómo las instituciones —entendidas como restricciones formales e informales— configuran los incentivos y limitan las opciones de acción de los agentes económicos. De manera complementaria, Scott (2008) profundiza en la estructura tripartita del entorno institucional, estableciendo que los pilares regulatorio, normativo y cultural-cognitivo son fundamentales para entender la legitimidad y las respuestas estratégicas de las organizaciones.

las empresas deben considerar en sus estrategias (Thai, 2001).

b. Dimensión burocrática-administrativa:

Incluye las prácticas operativas, requerimientos documentales, tiempos de trámite y controles institucionales que caracterizan la interacción entre empresas y entidades contratantes. Cuando estas prácticas son excesivamente rígidas o ineficientes, pueden actuar como barreras de entrada o generar costos adicionales que alteran los planes de las empresas (Ramírez-Alujas, 2017).

c. Dimensión sociocultural y ética: Se refiere a los valores, creencias y comportamientos aceptados en la relación entre lo público y lo privado. En esta dimensión se incluye el riesgo de corrupción, el clientelismo y las percepciones de transparencia, aspectos que también influyen sobre la confianza empresarial y su decisión de participar o abstenerse en procesos de contratación pública (OECD, 2016; Transparency International, 2022).

A partir de estas dimensiones, se entiende que el comportamiento estratégico de las empresas frente a la contratación pública no es neutro. Por el contrario, las organizaciones desarrollan estrategias específicas como alianzas con otras empresas, diversificación de riesgos, adaptación institucional o incluso la renuncia a competir por contratos públicos, en función de cómo perciben y evalúan el entorno institucional (Oliver, 1991).

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que las estrategias empresariales no solo son reactivas frente al entorno, sino también proactivas y, en ciertos casos, subversivas. Por ejemplo, en contextos donde la corrupción percibida es alta, algunas empresas desarrollan estrategias de contención (evitan participar en licitaciones), mientras que otras pueden incurrir en comportamientos oportunistas que distorsionan los fines de la contratación pública. Aspectos, ambos, a los que no se les debe perder cuidado toda vez que la Administración Pública, así, en mayúscula, debe asegurar, en todo momento, el cumplimiento del interés público cuando de compras públicas se trata.

3. Contexto normativo y administrativo

En América Latina, la contratación pública ha sido históricamente configurada como un sistema fuertemente legalista, donde la garantía del control ex ante ha primado sobre la eficacia del gasto o la eficiencia procedimental. Este modelo, heredado en parte de tradiciones jurídicas continentales, ha dado lugar a sistemas fragmentados, formalistas y poco responsivos, donde los criterios técnicos y económicos se subordinan a una visión procedimentalista del cumplimiento normativo (Santiso, 2007; Zuvanic & Iacoviello, 2010).

El proceso de modernización de los sistemas de compras públicas en la región ha sido impulsado por actores multilaterales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), promoviendo la digitalización, la estandarización y la profesionalización como ejes para mejorar la transparencia y reducir el riesgo de captura institucional (OCDE, 2016; BID, 2022). No obstante, subsisten asimetrías estructurales entre países y al interior de cada sistema nacional, lo cual afecta la madurez institucional, la uniformidad de criterios y la efectividad operativa.

En el caso costarricense, la evolución normativa ha transitado de una fragmentación regulatoria —con múltiples regímenes especiales y superposición de normas— hacia un intento reciente de consolidación bajo la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986), vigente desde diciembre de 2022. Esta reforma busca centralizar procesos, reducir dispersión normativa, fortalecer la trazabilidad electrónica mediante SICOP y alinear la legislación nacional con estándares internacionales (Ministerio de Hacienda, 2022). Sin embargo, su implementación enfrenta limitaciones operativas significativas, como ambigüedades normativas, vacíos reglamentarios, dificultades técnicas, resistencias institucionales y un personal público aún insuficientemente capacitado.

Con la entrada en vigencia de la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986) el 1 de diciembre de 2022, se consolidó un esfuerzo de unificación normativa y simplificación de procedimientos. Esta ley busca racionalizar el sistema de compras públicas bajo un modelo electrónico centralizado (la plataforma SICOP),

fortalecer los principios de eficiencia, sostenibilidad y transparencia, y dotar al país de un marco legal alineado con buenas prácticas internacionales (Ministerio de Hacienda, 2022). A pesar de su potencial transformador, la implementación de la Ley 9986 ha enfrentado desafíos operativos importantes: vacíos reglamentarios, falta de capacitación técnica en muchas instituciones, problemas de interoperabilidad tecnológica, y resistencias internas a la pérdida de autonomía de compra.

Un aspecto clave del modelo costarricense es el rol de la Contraloría General de la República, que no solo ejerce control posterior sobre la ejecución presupuestaria, sino también un control preventivo (ex ante) en procesos de contratación pública de alto monto o complejidad, y actúa como ente resolutor de recursos de objeción contra los pliegos de condiciones. Este rol ha sido objeto de debate en la doctrina y en el foro empresarial, pues si bien garantiza altos niveles de legalidad, también introduce rigideces operativas que afectan la celeridad de los procesos y la eficacia de la gestión pública (Barahona & Rodríguez, 2020).

El rol de la Contraloría General de la República (CGR) se destaca por su doble carácter: control posterior del gasto y función resolutoria en objeciones contra pliegos de condiciones. Aunque su intervención garantiza altos niveles de legalidad formal, también introduce cuellos de botella procedimentales y alimenta una cultura de aversión al riesgo por parte de las administraciones contratantes, lo que afecta la agilidad de la gestión pública (Barahona & Rodríguez, 2020). Datos oficiales de la CGR (2023) muestran que el 58% de los recursos de objeción resueltos en 2022 implicaron modificaciones sustanciales a los pliegos, revelando deficiencias en la formulación técnica y contribuyendo a la percepción empresarial de imprevisibilidad.

Casos como el proyecto de cobro electrónico para el transporte público —donde múltiples impugnaciones y resoluciones provocaron demoras críticas— ilustran cómo las deficiencias normativas, combinadas con controles preventivos rígidos, pueden traducirse en elevados costos de transacción, pérdida de eficiencia y desaliento empresarial (La Nación, 2021).

A este fenómeno se suma la falta de estandarización de criterios de evaluación y ponderación de ofertas. A pesar de los esfuerzos del Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Administración de Bienes

y Contratación Administrativa (DGABCA) ahora Dirección de Contratación Pública, para emitir lineamientos generales, cada administración pública conserva cierto margen de discrecionalidad técnica, lo que puede generar arbitrariedad en los resultados y una alta dependencia del criterio del evaluador. La heterogeneidad interpretativa debilita la predictibilidad del sistema y estimula estrategias empresariales defensivas, centradas en la gestión normativa más que en la innovación competitiva.

En comparación con otros países de la región, Costa Rica muestra fortalezas importantes en materia de trazabilidad documental y control externo, pero enfrenta debilidades significativas en la fase de planeamiento y formulación técnica de los pliegos de condiciones, incluyendo la persistente obsesión de algunas administraciones por introducir y mantener odiosas barreras que limitan la competitividad entre empresas, así como en la gestión contractual posterior. Países como Chile o Colombia han avanzado en integrar mecanismos de diálogo competitivo, centralización de compras estratégicas y segmentación de procesos según el tipo de bien o servicio requerido, elementos aún incipientes en el caso costarricense.

Otra característica distintiva del entorno costarricense es el peso de la cultura jurídica formalista en la interpretación de las normas. La doctrina y jurisprudencia administrativa tienden a privilegiar una visión garantista del procedimiento, lo que muchas veces lleva a sobre-reglamentar aspectos accesorios y a generar múltiples requisitos formales que no necesariamente se traducen en una mejor calidad de las adquisiciones. Esta cultura ha sido reforzada por un aparato de control que sanciona duramente la desviación de los procedimientos, pero no necesariamente evalúa el impacto de las decisiones de compra en términos de resultados o valor por dinero (Barahona & Rodríguez, 2020; OECD-SIGMA, 2021).

Desde la perspectiva empresarial, este contexto normativo y administrativo plantea un entorno de alta complejidad, donde el acceso a las oportunidades de negocio con el Estado no solo depende de la capacidad técnica o económica, sino también del conocimiento profundo del marco legal, de la experiencia en el uso de plataformas como SICOP, y de la posibilidad de anticipar o enfrentar objeciones y recursos administrativos. Lo que genera costos de entrada elevados, favorece a actores con experiencia institucional y penaliza a nuevos participantes, en particular a PyMEs. Este entorno actúa

como una barrera estructural de entrada, inhibiendo la competencia efectiva y reproduciendo condiciones de desigualdad entre oferentes.

La reciente Ley General de Contratación Pública (Ley 9986-2022) representa una ventana de oportunidad, pero su impacto dependerá de su ejecución efectiva, del compromiso político por su consolidación y de la capacidad del sistema para alinear sus componentes normativos, tecnológicos y humanos con una visión estratégica de desarrollo.

En síntesis, si bien Costa Rica ha avanzado en construir un marco normativo moderno y alineado con estándares internacionales, persisten retos relevantes en términos de implementación, simplificación administrativa, profesionalización del recurso humano y coherencia regulatoria. Estos desafíos no son meramente técnicos, sino que inciden directamente en la racionalidad de las empresas que interactúan con el sistema, condicionando su participación, su forma de competir y su percepción del aparato estatal como socio estratégico o como fuente de riesgo e ineficiencia.

Ciertamente, Costa Rica ha dado pasos que se orientan hacia la atención de esos desafíos, para lo cual basta con leer la nueva Ley General de Contratación Pública (Ley 9986, 2022) no obstante al ser normativa muy reciente, se hace necesario madurar un poco más en el tiempo la aplicación de algunas de las herramientas o modelos de gestión implementados para poder analizar sus impactos en los procesos de adquisición desde la perspectiva de las instituciones y desde el campo de acción de las empresas proveedoras.

4. Efectos sobre el comportamiento estratégico empresarial

El comportamiento estratégico de las empresas frente al Estado no puede analizarse al margen del entorno institucional en el que operan. Las reglas del juego —formales e informales— determinan los incentivos, los riesgos percibidos y las capacidades necesarias para competir. En contextos institucionales densos, marcados por ambigüedad normativa, controles rígidos y baja predictibilidad, las empresas reconfiguran sus estrategias, orientándolas menos a la eficiencia o innovación y más a la gestión de riesgos y al cumplimiento formal (North, 1990; Scott, 2008).

En sistemas de contratación pública caracterizados por altos niveles de complejidad normativa, rigidez procedimental y control preventivo legalista, las empresas adoptan estrategias defensivas, relacionales o adaptativas, en lugar de comportamientos competitivos basados exclusivamente en la eficiencia o innovación (Spiller & Tommasi, 2007). Este fenómeno ha sido documentado en diversos estudios de caso en América Latina (González & Ramírez, 2019; Pires, 2021), donde la incertidumbre regulatoria y la discrecionalidad institucional generan entornos de “estrategia regulada”, en los que las decisiones clave dependen más de la interpretación legal y la gestión del riesgo administrativo que del valor técnico de la oferta.

4.1 El diseño estratégico condicionado por el marco institucional

En el contexto costarricense, los factores institucionales como el control previo de la Contraloría General de la República, la alta frecuencia de impugnaciones, la multiplicidad de criterios técnicos subjetivos y la falta de predictibilidad en la adjudicación de contratos públicos obligan a las empresas a destinar recursos significativos a la interpretación normativa, la asesoría legal y la gestión de relaciones interinstitucionales. Estos elementos se traducen en lo que Porter (1980) denominaba “costos administrativos de la estrategia”, es decir, gastos y esfuerzos que no están relacionados con el desarrollo del producto o servicio, sino con el cumplimiento formal y el manejo del entorno burocrático.

Un claro ejemplo de esto son las empresas consultoras especializadas en obra pública han manifestado que el tiempo promedio para la adjudicación efectiva de una licitación mayor a ₡300 millones en Costa Rica puede superar los 12 meses, incluyendo etapas de objeción, apelación y refrendo. Esta duración e incertidumbre impacta el ciclo de caja de las empresas y obliga a mantener líneas de financiamiento operativo más amplias, lo que afecta su rentabilidad real (Cámara Costarricense de la Construcción, 2023).

4.2 Comportamientos adaptativos y estrategias relacionales

Ante estas restricciones, muchas empresas desarrollan estrategias adaptativas, orientadas a sobrevivir en un entorno institucionalmente complejo más que a crecer

en mercados abiertos. Estas estrategias incluyen la especialización en procesos públicos, la concentración en determinados sectores donde se conoce bien el marco normativo, y el fortalecimiento de capacidades administrativas internas, incluso en detrimento de la inversión en innovación o mejora técnica.

Ante esta realidad, muchas organizaciones adoptan estrategias relacionales, construyendo vínculos informales o colaborativos con actores públicos, lo que refuerza asimetrías de información y acceso. Si bien no todas estas prácticas son ilegales, sí erosionan la equidad del sistema y debilitan la competencia efectiva. En los casos más extremos, esta racionalidad relacional degenera en captura institucional, por parte de ciertos proveedores recurrentes, fenómeno observado en estudios regionales (Di Tella & Schargrodsky, 2003; OECD, 2022). Como lo evidenció el caso “Cochinilla”, donde se documentaron posibles patrones de corrupción sistémica entre empresas y funcionarios públicos (Ministerio Público de Costa Rica, 2021).

En Costa Rica, diversos informes periodísticos y estudios académicos han documentado este tipo de comportamientos. Por ejemplo, el caso conocido como “Cochinilla”, al parecer, evidenció un patrón sistémico de posible: colusión, soborno y manipulación de procesos, en el sector de obra pública vial. Empresas constructoras, podrían haber establecido vínculos irregulares con funcionarios del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) para asegurar adjudicaciones y pagos, lo que expuso una falla estructural en los controles internos y en la capacidad del sistema de contratación para prevenir prácticas corruptas (Ministerio Público de Costa Rica, 2021).

Aunque este caso constituye una situación extrema, su impacto potencial sobre el comportamiento estratégico empresarial podría ser significativo. Es plausible que algunas empresas hayan reforzado sus protocolos de cumplimiento y reevaluado su exposición al riesgo reputacional asociado con contratos públicos. Asimismo, es razonable suponer que ciertas organizaciones, especialmente aquellas sin redes locales consolidadas, estén adoptando una postura más cautelosa al participar en procesos estatales, lo cual podría limitar la competencia y la diversidad del mercado proveedor.³

³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2023). Estudio de la OCDE sobre integridad en Costa Rica: Reforzar la integridad del sector público para restaurar la confianza. https://www.oecd.org/es/publications/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-costa-rica_548807dd-es.html

4.3 Impacto sobre la competencia y la innovación

Los efectos de este entorno sobre la competencia son significativos. Cuando los procesos de contratación pública no garantizan reglas del juego claras, predecibles y estables, los actores con menor capacidad para navegar el sistema —particularmente las pequeñas y medianas empresas (PyMEs)— tienden a excluirse del mercado público o a participar solo en procesos de bajo riesgo o bajo monto. Esta situación reduce el número de oferentes, debilita la presión competitiva y disminuye los incentivos para innovar o mejorar la calidad del servicio ofrecido al Estado (Ugalde & Valverde, 2020).

Una investigación realizada por el Observatorio de Compras Públicas de la Universidad Nacional (2022) sobre procesos de contratación en el sector salud identificó que en promedio solo 2,8 oferentes participan por procedimiento, y que en un 46% de los casos solo se presenta un único oferente. Este dato es especialmente problemático en mercados con barreras tecnológicas bajas o productos estandarizados, donde cabría esperar mayor competencia.

Asimismo, la literatura señala que entornos de contratación pública ineficientes generan lo que se conoce como “desincentivo a la innovación”, en tanto las empresas no perciben que la diferenciación tecnológica o el valor agregado sean adecuadamente reconocidos o premiados en los procesos de adjudicación. En contextos donde el criterio de precio es dominante y los criterios técnicos son subjetivos o poco transparentes, la lógica empresarial favorece la estrategia de ajuste a mínimos requerimientos, en lugar de inversión en diferenciación y optan por estrategias de cumplimiento básico. La competencia se vuelve “hacia abajo”, no hacia el valor agregado (Piga & Thai, 2007).

4.4 Internalización del riesgo administrativo

Finalmente, uno de los efectos más complejos del entorno normativo en la estrategia empresarial es la necesidad de internalizar el riesgo administrativo como un componente estructural del modelo de negocio. Esto implica desarrollar capacidades no solo técnicas o comerciales, sino también jurídicas, financieras y políticas que permitan anticipar y gestionar contingencias derivadas del marco legal.

En Costa Rica, la combinación entre rigidez normativa, control preventivo, discrecionalidad en la evaluación y alta judicialización administrativa obliga a las empresas a desarrollar capacidades específicas: departamentos legales especializados, unidades de cumplimiento, asesoría técnica para objeciones, redes de contactos interinstitucionales, llegando incluso a establecer sistemas de monitoreo de resoluciones de la CGR. Estas inversiones representan un tipo de costo estratégico que afecta la rentabilidad operativa y distorsiona la lógica empresarial hacia una de “adaptación institucional”. Siendo que, además, estos costos solo pueden ser asumidos por empresas medianas o grandes, lo cual refuerza las desigualdades estructurales entre actores económicos.

Además, muchas decisiones estratégicas clave —como participar o no en una licitación, establecer alianzas con socios locales, o decidir una inversión de largo plazo— se ven condicionadas por la percepción del riesgo institucional. Si este riesgo es alto, algunas empresas optan por retirarse del mercado público o reducir su exposición, lo que afecta la calidad del servicio recibido por el Estado y la eficiencia general del gasto público.

5. Barreras institucionales y riesgo de corrupción

Una de las externalidades negativas más significativas de un entorno institucional deficiente es el aumento del riesgo de prácticas corruptas. En contextos donde la discrecionalidad y la falta de transparencia prevalecen, las empresas tienden a percibir el sistema como arbitrario o susceptible a la captura por intereses particulares, lo que reduce su disposición a invertir tiempo y recursos en procesos que consideran potencialmente predeterminados (Klitgaard, 1991; OCDE, 2022).

La contratación pública, como actividad de interacción entre el sector privado y el Estado, se encuentra expuesta a diversas barreras institucionales que pueden convertirse en focos de ineficiencia, exclusión y corrupción. Estas barreras no son simplemente técnicas o administrativas; configuran un entramado normativo, cultural y político que determina quién puede competir, cómo se compite, y bajo qué reglas se asignan los recursos públicos.

En sistemas como el costarricense, donde la regulación tiende a ser extensa, detallada y altamente formalista, las propias reglas del juego pueden volverse un obstáculo a la participación efectiva. Lo que en teoría busca asegurar transparencia y equidad, en la práctica puede derivar en un exceso de requisitos, complejidad procedimental y rigidez en la interpretación normativa que aleja a oferentes legítimos y abre espacio para la manipulación interesada de los procesos.

5.1 La sobre-regulación como barrera a la participación

Diversos estudios han documentado que una de las principales barreras a la participación empresarial en compras públicas es la sobrecarga normativa. Esta incluye requisitos excesivos, documentos redundantes, formatos no estandarizados y criterios de evaluación poco objetivos. De acuerdo con la OCDE (2022), los países latinoamericanos tienden a tener un marco regulatorio más complejo que el promedio de la OCDE, lo cual genera mayores costos de entrada, especialmente para PyMEs.

En Costa Rica, el uso reiterado de “criterios subjetivos” en los pliegos de condiciones, como experiencia previa en contratos similares, certificaciones de difícil acceso o capacidad financiera sin una justificación técnica, o la referencia específica sobre que un bien deba cumplir estándares que solo se podrían satisfacer si el mismo es fabricado en una país o zona comercial en particular, ha sido señalado como una fuente de exclusión injustificada. Esto no solo reduce la competencia, sino que también puede favorecer a oferentes tradicionales con mayor poder de negociación institucional (Ugalde & Valverde, 2020).

El efecto neto es que las empresas perciben la participación en procesos públicos como un ejercicio costoso, incierto y potencialmente riesgoso. Esta percepción condiciona su disposición a competir, e incluso induce decisiones de retiro voluntario del mercado estatal, lo cual atenta contra los principios de eficiencia y valor por dinero que deben regir la contratación pública.

5.2 Ambigüedad normativa y discrecionalidad

Otra barrera importante es la **ambigüedad normativa**, que se presenta cuando las disposiciones legales o administrativas dejan espacios interpretativos amplios que deben ser resueltos por criterios de funcionarios o entidades fiscalizadoras. En sistemas con control preventivo —como el costarricense— esto se traduce en que muchas decisiones clave dependen de cómo la Contraloría General de la República interpreta los principios de legalidad, transparencia y eficiencia.

Esta situación genera **altos niveles de discrecionalidad administrativa**, que si bien pueden ser ejercidos con buena fe, también constituyen un campo fértil para prácticas informales, favoritismo o incluso corrupción. Cuando no hay lineamientos técnicos uniformes, jurisprudencia clara o precedentes vinculantes, los actores económicos se ven forzados a negociar directamente con los funcionarios responsables, lo cual puede dar lugar a presiones indebidas, prácticas clientelares o sobornos encubiertos.

Ciertamente la ambigüedad normativa tiene una fuente primigenia: la ley. No cabe duda, que la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986, 2022) contiene ambigüedades que podrían estar generando que algunos funcionarios aprovechen para establecer condiciones arbitrarias.

La literatura sobre gobernanza y corrupción ha señalado que uno de los factores que más contribuye a las prácticas corruptas es precisamente la combinación de alta discrecionalidad y bajos niveles de rendición de cuentas (Klitgaard, 1991). En el caso de la contratación pública, esto se traduce en riesgos específicos como adjudicaciones dirigidas, manipulación de requisitos técnicos o alteración de evaluaciones.

5.3 Hacia un enfoque de integridad institucional

Frente a este panorama, la solución no pasa únicamente por aumentar los controles, sino por transformar la lógica del sistema hacia un **enfoque de integridad institucional**. Esto implica simplificar normativas, estandarizar procedimientos, fortalecer capacidades técnicas de los operadores públicos, y promover una cultura organizacional basada en valores éticos, más allá del mero cumplimiento formal.

En países como Chile y Colombia se han desarrollado sistemas integrales de integridad pública en compras estatales, que incluyen códigos de conducta, sistemas de alertas tempranas, participación ciudadana en procesos relevantes, y uso intensivo de tecnología para prevenir irregularidades (OECD, 2021). Estos enfoques han demostrado que es posible generar confianza en los procesos públicos sin caer en el exceso de burocracia o en el control paralizante.

Costa Rica tiene avances importantes, como el sistema digital **SICOP**, los lineamientos de la Contraloría sobre principios éticos y la reciente Ley General de Contratación Pública (Ley 9986, 2022), pero aún enfrenta desafíos en la implementación efectiva, la formación de los funcionarios y la coordinación entre instituciones fiscalizadoras. Superar las barreras institucionales y reducir el riesgo de corrupción no solo mejorará el uso de los recursos públicos, sino que también creará un entorno más favorable para decisiones empresariales legítimas, estratégicas y sostenibles.

6. Reflexiones y recomendaciones

La contratación pública es una herramienta potente de política económica y desarrollo empresarial, pero solo si su diseño institucional permite una participación amplia, equitativa y basada en mérito. Cuando esto no ocurre, el sistema deja de asignar valor eficientemente, y comienza a seleccionar a los actores no más competitivos, sino a los más adaptados al laberinto normativo o más hábiles en gestionar relaciones informales.

La reciente reforma legal bajo la Ley General de Contratación Pública (Ley 9986, 2021) representa una oportunidad para corregir estas distorsiones, pero su éxito dependerá de la calidad de su implementación, de la profesionalización de los actores públicos y del compromiso para transformar no solo normas, sino también culturas organizacionales. Claro está que serán necesarios ciertos ajustes para eliminar posibles ambigüedades normativas que la mencionada ley contiene.

El análisis desarrollado en este artículo permite afirmar que el entorno institucional costarricense condiciona fuertemente el comportamiento estratégico

empresarial. Las empresas no actúan únicamente según estímulos de mercado, sino que responden a señales institucionales: reglas inestables, controles rígidos, alta judicialización y discrecionalidad generan racionalidades defensivas y estrategias de supervivencia más que de innovación.

Lo anterior permite destacar las siguientes reflexiones y recomendaciones:

6.1 Reflexiones

- d. El diseño institucional de los procesos de contratación pública influye de forma directa en la toma de decisiones estratégicas de las empresas.** La burocracia excesiva, la fragmentación normativa y los márgenes de discrecionalidad alteran los incentivos, modifican los costos de transacción y generan incertidumbre en los actores privados.
- e. En el contexto costarricense, las barreras institucionales han sido identificadas como un factor relevante en la reducción de la participación del sector empresarial en licitaciones.** Esto se evidencia en la alta cantidad de impugnaciones, modificaciones de pliegos de condiciones y retiros voluntarios de oferentes, lo cual debilita la competencia y afecta la calidad del gasto público.
- f. La corrupción no puede entenderse como un fenómeno aislado, sino como una falla sistémica en el diseño y operación de los mecanismos de control, supervisión y ejecución contractual.** El caso “Cochinilla” evidencia cómo las debilidades institucionales permiten la captura de procesos por actores que instrumentalizan la complejidad normativa para fines ilegítimos.
- g. Las empresas no son agentes pasivos frente a este entorno.** Ajustan sus estrategias internas, redefinen sus políticas de cumplimiento, reevalúan los riesgos reputacionales y, en algunos casos, optan por no participar en procesos estatales, lo cual evidencia una racionalidad empresarial orientada por factores institucionales y no solo por condiciones de mercado.

- h. El fortalecimiento del marco de integridad pública debe ser parte de un rediseño estratégico del sistema de compras públicas.** Ello incluye la digitalización, la estandarización de procesos, la simplificación normativa y el fortalecimiento de capacidades técnicas en el aparato público.

6.2 Recomendaciones

- a. Simplificación normativa y unificación de criterios.** La Ley General de Contratación Pública (Ley 9986, 2022) debe ser implementada con criterios técnicos claros, evitando la proliferación de interpretaciones divergentes entre distintas instituciones. La Contraloría General y la Dirección General de Contratación Pública deberían reforzar y/o emitir guías de estandarización. Además, es preciso unificar y simplificar la normativa secundaria, asegurando criterios técnicos consistentes entre entidades.
- b. Fortalecer las capacidades de los funcionarios encargados de compras públicas.** La profesionalización del personal técnico en contratación pública debe priorizarse a través de programas de formación continua, certificación obligatoria y mecanismos de evaluación de desempeño. Las capacitaciones pueden ser ejecutadas por profesionales independientes, lo que reforzaría, en su conjunto, alcanzar objetivos más rápido.
- c. Reforzar los sistemas de integridad y transparencia.** Es clave implementar herramientas de prevención de conflictos de interés, sistemas de alertas tempranas y auditorías sociales que permitan la participación activa de la ciudadanía en procesos críticos. Lo anterior conlleva también a priorizar las situaciones de conflictos, sin dejar de atenderlas, pero sí reforzando la atención de las más complejas.
- d. Incentivar la participación empresarial mediante políticas de inclusión.** Eliminando o reduciendo barreras de entrada para PyMEs, introduciendo procesos segmentados por tamaño de contratación, y promoviendo el acceso a capacitaciones.

e. Monitorear y evaluar de forma continua el impacto de la Ley General de Contratación Pública 9986, utilizando indicadores de competencia, calidad adjudicada y percepción empresarial.

f. Promover la investigación aplicada sobre comportamiento empresarial y contratación pública. Las universidades, centros de investigación y observatorios especializados deben generar evidencia empírica que alimente reformas normativas y decisiones públicas basadas en datos.

En suma, la interacción entre el diseño institucional de la contratación pública y el comportamiento empresarial no es neutra. Una contratación pública bien diseñada puede generar entornos virtuosos para la inversión, la innovación y la eficiencia. Por el contrario, un sistema opaco, complejo o corrupto expulsa a los buenos actores y favorece la captura institucional. Costa Rica tiene la oportunidad, a partir de las reformas recientes, de construir un modelo de contratación pública que no solo garantice legalidad, sino también legitimidad, eficiencia e impacto en el desarrollo productivo nacional.

7. Referencias bibliográficas

Cámara Costarricense de la Construcción. (2023). Informe sobre condiciones de contratación pública en obra civil. CCC.

Di Tella, R., & Schargrodsky, E. (2003). The role of wages and auditing during a crackdown on corruption in the city of Buenos Aires. *Journal of Law and Economics*, 46(1), 269–292. <https://doi.org/10.1086/345578>

Estache, A., & Iimi, A. (2011). *The Economics of Public Infrastructure Procurement in Developing Countries: Theory and Evidence*. CEPR Press.

González, P., & Ramírez, J. (2019). Corrupción y compras públicas en América Latina: análisis institucional comparado. *Revista de Economía Institucional*, 21(40), 145–172. <https://doi.org/10.18601/01245996.n40.07>

Klitgaard, R. (1991). *Controlling Corruption*. University of California Press.

La Nación. (2022, junio 14). Huawei y su camino por las licitaciones públicas: entre objeciones y contratos polémicos. <https://www.nacion.com>

Ministerio Público de Costa Rica. (2021). Expediente penal del caso Cochinilla. Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción.

North, D. C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

OECD. (2016). *Preventing Corruption in Public Procurement*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264265800-en>

OECD. (2021). *Public Integrity Handbook*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/47be7dcb-en>

OECD. (2022). Estudio de la OCDE sobre integridad en Costa Rica: Protegiendo los logros democráticos. https://www.oecd.org/es/publications/estudio-de-la-ocde-sobre-integridad-en-costa-rica_548807dd-es.html

OECD. (2022). *Government at a Glance: Latin America and the Caribbean 2022*. OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/2bbf0850-en>

OCDE-SIGMA. (2021). Evaluación de la contratación pública en América Latina y el Caribe: resumen de los resultados. SIGMA Papers No. 63. <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/evaluacion-contratacion-publica-alc-resumen.pdf>

Oliver, C. (1991). Strategic responses to institutional processes. *Academy of Management Review*, 16(1), 145–179. <https://doi.org/10.5465/amr.1991.4279002>

Piga, G., & Thai, K. V. (Eds.). (2007). *Advancing Public Procurement: Practices, Innovation and Knowledge-Sharing*. PrAcademics Press.

Pires, R. R. C. (2021). Bureaucratic resistance, policy drift, and alternative regulatory strategies in Brazilian public procurement. *Regulation & Governance*, 15(4), 1032–1050. <https://doi.org/10.1111/rego.12301>

Porter, M. E. (1980). *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. Free Press.

Santiso, C. (2007). Eyes wide shut? The politics of autonomous audit agencies in emerging economies. *Accountability in a Globalizing World*, 1(1), 1–31.

Scott, W. R. (2008). *Institutions and Organizations: Ideas and Interests* (3rd ed.). Sage Publications.

Sørreide, T. (2006). *Corruption in public procurement: Causes, consequences and cures*. Chr. Michelsen Institute.

Spiller, P. T., & Tommasi, M. (2007). *The Institutional Foundations of Public Policy in Argentina: A Transactions Cost Approach*. Cambridge University Press.

Transparencia Internacional. (2023). Índice de Percepción de la Corrupción 2022. <https://www.transparency.org/es/cpi/2022/index/nzl>

Ugalde, L., & Valverde, C. (2020). Participación de las PYMES en las contrataciones públicas en Costa Rica: obstáculos normativos y soluciones institucionales. *Revista Derecho del Estado*, 45, 127–156. <https://doi.org/10.18601/01229893.n45.06>

UNOPS. (2021). *Compras públicas sostenibles: evaluación de impacto y oportunidades en Costa Rica*. <https://www.unops.org/es/news/2021/compras-publicas-sostenibles-en-costa-rica>

Universidad Nacional. (2022). *Informe del Observatorio de Contratación Pública: análisis de competencia y participación en el sector salud*. Escuela de Administración Pública.

Williamson, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Free Press.

Zuñanic, L., & Iacoviello, M. (2010). El servicio civil en América Latina: entre la burocracia y la política. *Reforma y Democracia*, 48, 133–170.

El Valor por Dinero y la nueva legislación de contratación pública costarricense: un cambio de paradigma



“Comenzar un camino nuevo da miedo. Pero a cada paso que damos, nos damos cuenta de que lo peligroso era quedarse quieto”.

Roberto Benigni - actor italiano.

Marco Antonio Loáiciga Vargas¹

Sumario

- 1 Introducción
- 2 La visión tradicional: la primacía del precio
- 3 Un nuevo enfoque: maximizar el valor
- 4 El valor por dinero en la Ley N°9986 y su Reglamento
- 5 Conclusiones
- 6 Bibliografía

¹ Licenciado en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho. Máster en Contratación Pública. Universidad de Castilla - La Mancha. Máster en Derecho Electoral. Universidad de Castilla - La Mancha. Máster en Derecho Público con Énfasis en Derecho Público Interno - Universidad Autónoma de Centroamérica. Experto en Gestión de Contratos de Asociaciones Público-Privadas. Banco de Desarrollo de América Latina. Diplomado en Transparencia en Contrataciones Públicas. Universidad de Castilla - La Mancha. Diplomado en Corrupción y Régimen Sancionatorio de la Hacienda Pública - Universidad de Salamanca. Ex litigante, ex consultor del Banco Mundial y desde 2013, abogado fiscalizador en la División de Contratación Pública de la Contraloría General de la República.



Palabras clave: contratación pública, valor por dinero, Ley General de Contratación Pública, Reglamento Ley General de Contratación Pública, Eficacia, eficiencia, gestión por resultados, interés público, mejor oferta.

Texto sumario: El presente artículo expone el concepto de valor por dinero, su relación con los principios de eficacia y eficiencia y posteriormente analiza el cambio de paradigma que esto implica para la legislación costarricense, a partir del estudio de varios artículos de la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento.

1. Introducción

Según datos del Ministerio de Hacienda, para el año 2024, el monto total de contratación pública en Costa Rica ascendió a ₡3.002.296.012.065 (tres billones dos mil doscientos noventa y seis millones doce mil sesenta y cinco colones), lo que representa aproximadamente el 6,38% del Producto Interno Bruto del país.

Este monto no es en modo alguno baladí, por lo que, la meta debe ser usar ese dinero, de la forma más eficiente posible, máxime que se está ante fondos públicos que deben buscar la satisfacción del interés general. Ahora bien, la pregunta que naturalmente surge ante una meta tan ambiciosa es ¿cómo utilizar de la mejor manera los fondos públicos que se destinan para compras públicas? ¿utilizando tal vez procedimientos más rigurosos? ¿seleccionar al oferente que presente la oferta más económica? etc.

La respuesta a la anterior pregunta, como en muchos temas de la contratación pública, dista de ser sencilla. No obstante, el inicio a la respuesta a dicha interrogante, parte por la escogencia de la oferta más conveniente para el interés público. Nótese que se indicó, la oferta más conveniente y no la más económica, siendo que este es el gran paradigma -o casi, dogma- que el presente artículo desea desmitificar.

Ahora bien, la pregunta aún se mantiene sin respuesta, por lo que es preciso analizar entonces cómo se escoge la oferta más conveniente, para a su vez, utilizar de la mejor manera los fondos públicos en el proceso de compra. Y finalmente la respuesta, que acá se propone,

es que la plica más conveniente para el interés público, se escoge por medio de un análisis que va más allá del simple precio por un bien o servicio, sino que, trasciende los mismos, para buscar el mejor valor por dinero. Es decir, se debe escoger a la oferta que le genera el mayor valor a la Administración por el dinero que está invirtiendo, desde un punto de vista que analice todos los elementos del proceso de contratación y el ciclo de vida del producto o servicio.

A continuación, se profundizará en la idea antes explicada, en la visión tradicional para analizar ofertas, se pondrá especial énfasis en la relación de la Ley General de Contratación Pública (en adelante, LGCP) y su Reglamento (en adelante, RLGCP) con el tema del valor por dinero, se analizarán algunos cambios que presenta la normativa y finalmente, se aportarán una serie de conclusiones, analizando los en qué consiste ese cambio de paradigma y los retos que enfrenta.

2. La visión tradicional: la primacía del precio

Los fondos públicos son un bien especialmentepreciado. No solamente debido a que se trata de recursos que pertenecen a todos los ciudadanos y que en consecuencia deben ser usados siguiendo una serie de reglas propias del Derecho Administrativo, sino también, debido a que son un bien escaso. En consecuencia, si se une el especial rigor con el que deben utilizarse por su naturaleza pública y además, su condición limitada, lo cierto es que es perfectamente entendible que tradicionalmente se desee contratar con la oferta menos onerosa, ya que esta ha sido entendida como la mejor.

Puede decirse entonces que, tradicionalmente, se ha entendido que la compra pública es una transacción como cualquier otra, en la cual existe un precio que se paga con fondos públicos, por un bien y/o servicio. Bajo esta forma de ver las cosas, la oferta más barata es la que resulta más conveniente, ya que, la Administración desea gastar sus preciados recursos -que como se indicó, son públicos -y a su vez, escasos- en la oferta que le signifique la menor erogación posible.

El paradigma del anterior concepto puede verse en la Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494, al regular la estructura mínima de antiguo procedimiento de Licitación Pública, estipulaba: "c) El desarrollo, en el cartel, de un sistema de evaluación de las ofertas, orientado a que la administración escoja la oferta que satisfaga mejor el interés público. La administración deberá motivar en el expediente, la incorporación al sistema de evaluación de otros factores de calificación adicionales al precio, tales como plazo y calidad, entre otros, que en principio deberán regularse en cláusulas de requisitos de cumplimiento obligatorio." (subrayado no corresponde al original). De la anterior norma se extrae de manera meridiana, que el precio, es decir el costo, era el factor determinante en el sistema de evaluación y que por ende, otros factores como plazo y calidad debían motivarse de manera adecuada.

Siguiendo la línea de lo anteriormente mencionado, quién analizara un procedimiento de contratación administrativa -así llamado entonces- debía tomar al precio como su norte al momento de definir el sistema de evaluación del concurso y además, como su guía al posteriormente analizar las ofertas. Esto, debe quedar claro, no es precisamente erróneo ni mucho menos antijurídico, no obstante, el análisis basado exclusivamente en el precio, sin mayor detalle, puede llevar a que la Administración se decante por una oferta que puede resultar más barata, pero no necesariamente más conveniente.

No es de extrañar entonces, que escoger a la oferta más barata sea considerado como uno de los dogmas de la contratación pública nacional, siendo que como se indicó, se ha asociado que la oferta más económica es la más beneficiosa para la Administración. Esto se puede apreciar fácilmente en la costumbre administrativa dentro de los procedimientos de compras públicas, en los cuales el precio tiene el porcentaje más representativo del sistema de evaluación, o bien, puede que sea este el único rubro a calificar, quedando otros factores de lado, como la calidad por ejemplo. Si bien es usual encontrar también que la Administración decide verificar antes el cumplimiento de especificaciones técnicas, jurídicas, financieras, etc. y luego proceder a evaluar según el precio, lo cierto es que al final, el análisis del costo se hace en relación al precio, pero no en relación con el valor que obtiene la Administración.

Al realizar un análisis de este tipo la Administración se pierde de ofertas que a pesar de que puedan ser más onerosas, impliquen al final, un mayor valor y por ende, mayores beneficios para el interés público. Pero es justo esta idea la que debe superarse cuando se analiza el valor por dinero, en tanto, para escoger la oferta más conveniente debe realizarse en realidad, un balance entre economía, eficiencia y eficacia. Este análisis, que resulta mucho más integral, es esencial para seleccionar a la oferta que implique un uso óptimo de los recursos públicos.

3. Un nuevo enfoque: maximizar el valor

El concepto de la compra pública como una mera transacción, ha ido evolucionando. Principios como el de eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, maximización de los recursos públicos y la visualización del procedimiento de compra pública como parte de una estrategia más macro -por ejemplo, a través de las compras públicas estratégicas- han ido poco a poco sustituyendo esta visión tradicional, por una más orientada a generarle valor, no solamente a la Administración, sino especialmente a los ciudadanos. En definitiva, la compra pública puede ser utilizada para más que un mero abastecimiento, siendo que al ser el Estado el principal consumidor, puede este influenciar notablemente en la calidad de los bienes y servicios que requiere y que transforma en una finalidad pública al servicio de la ciudadanía.

Tal y como se ha venido diciendo, el objetivo de toda compra pública debe ser el cumplimiento de un fin público, pero desde un punto de vista más práctico, podría decirse también, que en cada procedimiento concursal se debe seleccionar a la oferta que cumpla de la mejor manera posible esa finalidad pública. Poniendo un ejemplo muy simple, podría pensarse en un Convenio Marco realizado para la adquisición de lapiceros para diferentes instituciones públicas. La Administración puede creer que al adjudicar a la oferta más económica ha logrado cumplir con la finalidad pública, pero si la calidad de estos lapiceros resulta ser tan deficiente que no pueden ser utilizados, realmente el fin no se vería satisfecho y los fondos públicos no fueron utilizados de la manera más eficiente, a pesar

de habersele adjudicado el concurso a la empresa con el precio más barato.

En consecuencia, la Administración debe migrar a un concepto, en el cual se analice más allá del costo, elementos como la calidad, el ciclo de vida del producto, los beneficios para la Administración, etc., es decir, se debe considerar el valor por dinero en cada compra. Si bien este concepto está incorporado en otras legislaciones como por ejemplo en Gran Bretaña como *value for money* y en Estados Unidos como *best value*, lo cierto es que en Costa Rica, la esencia de lo que busca, se encontraba también regulado desde -al menos- la anterior Ley de Contratación Administrativa, al tipificar los principios de eficacia y eficiencia, que son los que deben guiar a la Administración a escoger la mejor oferta, no necesariamente la más barata.

Ahora bien, el objetivo del presente artículo no es hacer un análisis exhaustivo del origen del concepto de valor por dinero, sino mostrar la especial relación que existe en la actualidad con la nueva normativa en materia de compras públicas. No obstante, puede decirse que el valor por dinero significa la combinación óptima entre eficiencia, economía y eficacia, logrando así obtener el mejor rendimiento por lo obtenido -ya sea un bien o servicio- durante el ciclo de vida del producto o servicio. Volviendo al ejemplo de los lapiceros, un análisis valor por dinero en ese caso, implicaría analizar la duración y calidad de forma tal que el precio no sea necesariamente el factor determinante, ni tampoco el único.

Siendo que la finalidad acá buscada es explicar la relación entre valor por dinero y la legislación actual, se aporta una explicación reduccionista en algunos puntos. No obstante esta simplificación en los conceptos, debe ser acompañada de una serie de precisiones. En primer lugar, a simple vista, el valor por dinero puede que en algunos casos sea más evidente que en otros, siendo que, es normal que los bienes y servicios ofrecidos a una Administración no sean homogéneos, variando en calidad, durabilidad, longevidad, disponibilidad, etc. En consecuencia es especialmente importante para la Administración considerar todas estas diferencias entre productos y escoger la oferta que, se repite, genere el mayor valor por dinero, es decir la que por el mejor precio, le otorgue el bien o servicio con los mayores beneficios y calidad.

En segundo lugar, si bien el análisis del valor por dinero puede resultar más complejo de determinar en algunas ocasiones, no debe perderse de vista que este estudio a realizar, según explica Vizcaino (2023), parte usualmente de una comparación de elementos tanto económicos -precio, gastos de funcionamiento, etc- como no económicos -calidad, características estéticas y funcionales, servicios de postventa- y por ende, aún y cuando puede requerirse de una metodología más elaborada -labor a cargo del órgano rector de la materia- y por ende, es un examen de las ofertas que ve más allá del precio ofertado. Justamente, un objetivo del presente documento es resaltar la necesidad de que debe existir una metodología de análisis de valor por dinero, que justifique una cultura de compras públicas que no esté centrada solamente en el costo de las ofertas.

En tercer lugar y a manera de ejemplo, la inclusión de rubros de evaluación que otorguen puntaje por certificados de calidad y análisis de costos que consideren el ciclo de vida completo, son solamente dos de las posibilidades que existen para poder estudiar una oferta más allá del simple costo. Podría decirse que más que la pregunta de ¿cuánto le costará este bien y/o servicio a la Administración? podrían hacerse otras también como por ejemplo ¿Cuáles son los costos actuales y futuros? ¿Qué especificaciones de calidad tiene el bien y/o servicio? Este tipo de preguntas ayudaría a comprender de una manera más global el bien o servicio que un oferente particular presenta y así, con una visión más global del mismo, tomar una decisión, no basándose exclusivamente en un costo monetario actual, sino en un análisis mucho más regido por los principios de eficacia y eficiencia, al buscar no la oferta más económica, sino la mejor.

Aún y cuando en un plano meramente doctrinario la idea puede sonar atractiva, lo cierto es que llevar a la práctica este tipo de conceptos puede ser complejo; máxime en una Administración Pública como la nuestra que por tanto tiempo ha considerado como un axioma que la mejor oferta, es la más barata. Acá es donde la normativa actual, se erige como un pilar sobre el cual este cambio de paradigma, puede tener un puesto de avanzada en la psique institucional del país, tal y como se explicará a continuación.

4. El valor por dinero en la Ley N°9986 y su Reglamento.

En la “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública” del año 2015, emitida por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se definió una serie de principios fundamentales a trabajar para la incorporación del país como miembro de dicha organización, resaltando para efectos del presente artículo, la eficiencia, enfatizando entre otros elementos la existencia de ineficiencia en el ciclo de la contratación.

En consecuencia con lo anterior, no es de extrañar que en la legislación vigente desde el 1 de diciembre de 2022, es decir la Ley General de Contratación Pública Ley 9986, así como en su Reglamento, Decreto N° 43808-H se haya procurado un golpe de timón en cuanto a la necesidad de enfocar las compras públicas con una visión más orientada a su finalidad. Más allá de la regulación expresa del concepto de valor por dinero -que se procederá en breve a analizar- lo cierto es que de la lectura cuidadosa de una parte del articulado de la LGCP y el RLGCP, pueden extraerse conclusiones de especial importancia para la implementación de una cultura de valor por dinero.

Antes de entrar a analizar dichas normas, debe tenerse en cuenta que, para que existiera en el país una estrategia de compras públicas basada en el valor por dinero, la regulación de este concepto no era requisito sine qua non. No obstante, no es un secreto que la mención específica que hace la normativa actual, puede dotar de mayor respaldo este tipo de análisis, siendo que, como se ha indicado, en el pasado, usualmente se consideró a la oferta de menor precio, como la más acorde con el interés público, sin mayor análisis que el costo. Sin embargo, es también cierto que desde la anterior LCA y RLCA se definían otra serie de principios que bien justificaban que una Administración pudiera utilizar una metodología valor por dinero en sus estudios de ofertas.

Superado el anterior paréntesis, es preciso indicar que el artículo 8 de la LGCP deja totalmente claro el espíritu de esta nueva legislación al establecer que uno de los principios que informan la contratación pública,

es el valor por dinero: “b) Principio de valor por el dinero: toda contratación pública debe estar orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones, de tal forma que se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad (...)”.

Indudablemente, lo primero que salta a la vista es la tipificación de este “nuevo” principio dentro del ordenamiento jurídico en materia de contratación pública, pero no debe esto distraer al operador jurídico de que la norma regula algo aún más importante, y es que expresamente indica que la contratación pública debe estar orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten. En consecuencia, aún y cuando no se mencionara el término “valor por dinero” ya podía extraerse sin temor a dudas que análisis de ofertas que se basaran no solo en el precio inicial para la Administración, sino en un concepto mucho más amplio, podían ser considerados como perfectamente válidos.

En ese sentido y cuando puede ser redundante, en definitiva hace bien el legislador al expresamente citar “valor por dinero”, siendo que con esto infunde valentía y respalda al operador jurídico que desee ver la contratación pública más que como una transacción -visión tradicional-, como una oportunidad de maximización de los fondos públicos, dentro de una visión mucho más estratégica que trascienda en análisis simplista del precio.

En este momento, de nuevo una pausa. No es que deba entenderse que las Administraciones deben dejar de considerar el precio como algo importante. Por el contrario, el precio como tal es un elemento de elevadísima importancia para el análisis de las ofertas. No obstante, es el análisis que se haga de ese precio lo que debe cambiar para poder llegar a elegir la oferta más eficiente para la Administración. Dicho de otra forma, las Administraciones deben hacerse las preguntas correctas, así por ejemplo, en vez de ¿cuánto cuesta un bien un servicio? mejor sería ¿qué incluye el costo de ese bien y servicio? Si los beneficios de una oferta con un mayor precio, son mayores para la Administración -como sería por ejemplo un producto de mayor duración, mejor calidad, menos

costos de mantenimiento, etc.- entonces la oferta más eficaz y conveniente, no es la más barata -ni tampoco necesariamente la más cara- sino aquella que otorgue el mayor valor por dinero.

Continuando con la LGCP, se tiene que el artículo 11 en su párrafo final indica que *"(...) En el pliego de condiciones, conforme a lo que disponga el reglamento de esta ley, se podrán contemplar formas de pago conformes con el alcance de los objetivos acordados, incluyendo pero no limitado al pago por resultados, pago por precio volumen y pago en función del uso, con apego a los principios de eficiencia, eficacia y valor por dinero. (...)".* Además de expresamente citar al principio de valor por dinero, resalta un elemento de especial importancia y es que la propia ley define el pago como algo variable que podría catalogarse como más apegado a la eficiencia, al resultado buscando ser algo más que una parte de una transacción.

Esta referencia en el artículo 11 refiere a un pago que busca alejarse del concepto tradicional de compra pública, ya que le dice a la Administración que bien puede usar el pago para algo más, es decir, para buscar eficiencia en los pagos que haga, más que usarlo para cancelar un servicio o un objeto que le fuera prestado o entregado.

Prosiguiendo, el artículo 34 de la LGCP regula el estudio mercado, dotándolo de una importancia que carecía en la anterior LCA y su Reglamento. Para efectos de lo que interesa al presente artículo, el párrafo segundo del numeral en cuestión señala que *"(...) Dicho estudio deberá considerar todo el ciclo de vida de la contratación y tomar en cuenta el principio de valor por el dinero, todo lo cual se deberá desarrollar en el reglamento de la presente ley. (...)".* Así pues, la norma es meridiana en decirle a la Administración cómo debe hacer dicho estudio, desprendiéndose entonces que el estudio de mercado -insumo esencial para la contratación- debe -entiéndase, imperativo- considerar el ciclo de vida de la contratación y para aún más claridad, remata indicando que debe considerarse el principio valor por dinero.

De frente a lo expresamente dicho por la norma, -que no hace excepciones- puede concluirse que el valor por dinero debe ser siempre considerado por la Administración al realizar el estudio de mercado, siendo

que más allá de referenciar al principio de valor por dinero, obliga a la Administración a considerar todo el ciclo de vida de la contratación. Como puede verse, la norma además de clara en su exigencia, demuestra una clara intención de orientar a la Administración para que realice un análisis menos basado en el precio únicamente y más en la eficiencia.

Del siguiente artículo por analizar puede extraerse también este espíritu de la nueva legislación, en cambiar el paradigma, esa costumbre administrativa de la que se hablaba previamente, de considerar el precio como el factor más importante, lejos de cualquier análisis a detalle del mismo. El artículo 40 LGCP indica que *"(...) El pliego de condiciones deberá establecer los requisitos de admisibilidad, los parámetros para verificar la calidad y contener un sistema de calificación de ofertas, siendo posible incorporar factores de evaluación distintos del precio, tales como plazo y calidad que, en principio, deben regularse como requisitos de cumplimiento obligatorio. La combinación de cláusulas de admisibilidad y de factores de evaluación debe asegurar la adquisición del mejor bien, obra o servicio, al menor precio y con apego al principio del valor por el dinero. (...)".*

Acá, de manera distinta a la legislación anterior, la LGCP establece que el precio es uno de los elementos de la evaluación, pero no el esencial, dando más importancia al hecho de que la combinación de evaluación y admisibilidad del pliego debe buscar el mejor bien y con apego al principio de valor por dinero. Si bien el artículo -respetuosamente se indica- comete un pequeño desliz al referirse al "menor precio" y con esto contraría el concepto de valor por dinero, lo cierto es que la idea como tal se encuentra claramente planteada: se busca que la Administración seleccione el mejor bien, apegándose al valor por dinero. Esto es diametralmente opuesto a indicar "la Administración debe adjudicar a la oferta de menor precio" que ha sido la idea de esa visión más tradicional.

Así pues, la LGCP es clara en que el valor por dinero es un concepto transversal del procedimiento de contratación pública, que además de ser un principio expresamente normado que informa al mismo, es también un elemento de obligatoria consideración al momento de realizar el estudio de mercado, al redactar

el pliego de condiciones y al momento de pagar. Aún y cuando, como se indicó, la anterior legislación ya regulaba la eficacia y eficiencia, la LGCP da un valiente paso hacia adelante al no solamente regular, sino obligar a la Administración a considerar el valor por dinero en sus procedimientos de compra.

La norma es franca y directa en exigirle a la Administración un uso más eficiente de los fondos públicos, llevándola a considerar a la oferta que implique el mayor valor por dinero como la más conveniente para el interés público y cambiando el paradigma tradicional de que la oferta de menor costo era la más conveniente al interés público.

Por su parte, el RLGCP no desluce en forma alguna a la ley que le da sustento, en tanto iniciando con el artículo 47, se observa un paralelismo con las intenciones de la ley. Así se tiene que dicho artículo indica lo siguiente: *"(...) Artículo 47. Aplicación del principio de valor por el dinero en la compra pública estratégica De conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública toda contratación pública incluidas las compras públicas estratégicas debe estar orientada a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones, tomando en consideración el principio de sostenibilidad social y ambiental, de tal forma que se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, durante todo el ciclo de vida (...)"*.

Analizando con detenimiento dicho artículo, resalta en primer lugar que se indica que las compras públicas deben estar orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos, pero resalta especialmente que refiere a que estas deben realizarse bajo las mejores condiciones de precio y calidad durante todo el ciclo de vida. Aún y cuando el artículo no fuera tan claro como lo es, al mencionar valor por dinero, lo cierto es que su redacción es meridiana en que la Administración debe orientar su compra a la consecución de las mejores condiciones de precio, durante el ciclo de vida, es decir la Administración necesariamente debe aplicar análisis propios de valor por dinero.

El RLGCP, en este artículo, es aún más expreso que la LGCP en el cambio que debe existir al enfrentar un procedimiento de contratación pública. La norma reglamentaria actual se distancia claramente del pasado normativo, imponiendo a la Administración la necesidad de ver más allá del costo, sino que, la impulsa -obligatoriamente- a ir más allá lo tradicional y buscar las mejores condiciones de precio -no la oferta de menor costo- de frente a un análisis basado en el valor por dinero.

Seguidamente, en orden de numeración, se tiene que el artículo 68 RLGCP refiere que uno de los criterios de evaluación de la compra pública innovadora es el siguiente: *"(...) c) Evaluación del costo en el ciclo de vida del producto o servicio, conforme al principio de valor por el dinero. Se deberá considerar que la oferta sea económicamente ventajosa en su conjunto, valorando para ello la calidad, los costos actuales y la disminución en los costos de mantenimiento, según corresponda. Adicionalmente, podrán valorarse las posibles mejoras para el medio ambiente y el ahorro energético que se obtendría con la innovación. El costo por ciclo de vida incluye todos los costos que pueden surgir durante el ciclo de vida del producto, el coste de compra y todos los costes asociados con su funcionamiento y hasta su disposición final. (...)"*.

Si bien el concepto de compra pública innovadora excede el objeto del presente artículo, no debe pasarse por alto el hecho de que el RLGCP continúa reforzando el concepto de que el costo debe analizarse en relación al ciclo de vida, pero aún más valioso es que la norma usa el concepto de oferta económicamente ventajosa a partir de elementos como la calidad, costos actuales, disminución de costos de mantenimiento, etc. Claramente se puede observar aquí que el valor por dinero es lo que priva como uno de los elementos de evaluación en este tipo de compra. Y aún y cuando esta referencia se encuentra asociada a la compra innovadora, lo cierto es que bien puede aplicarse un parangón general, en tanto como se ha venido explicando, el valor por dinero es un principio informador de la contratación pública.

De seguido se tiene el artículo 82 del RLGCP regula la prevalencia de la economía de la escala, indicando que las proveedurías deberían consolidar requerimientos

para obtener los mejores precios -aprovechando las economías de escala, claramente- y a su vez, define una serie de reglas para los procedimientos de contratación dentro de las cuales está: “e) *La adjudicación se definirá a favor de quien cotice el mejor bien o servicio, en tanto cumpla con las condiciones de calidad obligatorias y ofrezca el menor precio, con apego al principio del valor por el dinero, conforme a lo previsto por el artículo 40 de la Ley General de Contratación Pública*”.

El artículo es loable en cuanto a que dirige a la Administración a realizar un estudio de ofertas basado en el valor por dinero, no obstante, al igual que el artículo 40 LGCP, comete la imprecisión de referirse al menor precio, como uno de los objetivos de los procedimientos de contratación pública. Tal y como ya se ha indicado hasta la saciedad, no es necesariamente el menor precio lo que debe buscar la Administración, sino el mejor valor, por el menor costo. En todo caso, este numeral, es un aporte valioso, no solamente por resaltar la importancia de las economías de escala, sino especialmente por seguir respaldando el cambio de paradigma, al potenciar una visión de valor por dinero, más allá de cualquier imprecisión.

Finalmente, el artículo 96 del RLGCP aborda un tema que también ya ha sido discutido en el presente artículo: el valor por dinero y el sistema de evaluación. Expresamente, dicho artículo indica (...) *Artículo 96. Sistema de evaluación. En atención al principio del valor por el dinero, mediante el establecimiento de cláusulas de admisibilidad y de factores de evaluación se deberá asegurar la adquisición del mejor bien, obra o servicio, al menor precio conforme a lo previsto en el artículo 40 de la Ley General de Contratación Pública. La oferta (sic) más conveniente será aquella que cumpla las condiciones de admisibilidad y obtenga (sic) la mejor evaluación, las condiciones de admisibilidad deberán asegurar la calidad y funcionalidad del objeto contractual (...)*”.

Dejando de lado un par de errores tipográficos, puede decirse que este artículo es esencial dentro del cambio de paradigma instaurado en la nueva legislación, siendo que le marca el camino a la Administración, en cuanto a que, de frente al principio de valor por dinero, debe asegurar la adquisición del mejor bien, y como se sabe, el mejor bien, es el que mayor valor por dinero implique. Si bien este artículo comete el

error de referirse al menor precio, lo cierto es que su intención es que la Administración vea más allá del costo puro simple, para lo que inclusive define oferta más conveniente, enmarcando la misma, como la que, entre otras cosas, asegure la calidad y funcionalidad, lo que son elementos propios del valor por dinero.

5. Conclusiones

El valor por dinero, visto como un concepto incluido dentro de la eficacia y eficiencia no es en sí mismo novedoso, no obstante, el valor por dinero, como una estrategia -y obligación- para la Administración, sí que lo es.

El gran cambio de paradigma de la legislación actual, radica en que se exige de la Administración una planificación y evaluación de ofertas, orientados a la búsqueda y elección de la oferta más conveniente para la Administración, indistintamente del precio. Esta es a su vez, la primera conclusión del presente trabajo; es decir que la normativa actual ha dado un norte claro para las Administraciones, en cuanto a que el valor por dinero -ahora expresamente regulado- llegó para quedarse y que debe ser aplicado como una estrategia integral.

Como segunda conclusión, y tal y como fue posible analizar en el presente documento, el valor por dinero, no solamente como principio informador sino como esa estrategia integral que se ha venido mencionado, impregna todas las etapas del procedimiento de contratación pública. Así por ejemplo en el estudio de mercado debe considerarse, en el pliego de condiciones resulta imperioso definir cláusulas de evaluación orientadas al valor por dinero y en el pago del precio también. En consecuencia, no se está ante un principio puro y simple, sino ante una forma de trabajo, una estrategia de ver el procedimiento concursal como un todo.

En tercer lugar, puede concluirse que la normativa, más allá de la inclusión y las referencias que hace al valor por dinero, lo cierto es que busca una gestión mucho más integral por parte de la Administración activa. La Administración se visualiza ahora como la responsable de ver más allá del simple precio, cambiando esta forma de pensar por una mucho más orientada a la eficacia bien entendida esta.

Este artículo no puede pecar de ingenuo, en el sentido de que por el simple hecho de se haya incluido el valor por dinero en la normativa nacional, ya esta estrategia será adoptada alegremente por la Administración sin dudas ni temores. Las viejas costumbres no son fáciles de cambiar -sobre todo en la Administración Pública-, pero tampoco puede obviarse el hecho de que la normativa es clara en la exigencia del uso de esta nueva estrategia.

Los operadores jurídicos deben perder el temor a escoger la mejor oferta para el interés público, aún y cuando esta implique un costo mayor que otras. Es acá donde la labor de capacitación, acompañamiento y dirección estratégica del ente rector - Dirección de Contratación Pública- y otros actores como la misma Contraloría General de la República, resulta esencial.

Como Administración Pública, pero especialmente como país, debe dejarse atrás el concepto de la mejor oferta como la más económica y sustituirse por la idea de que debe buscarse la oferta más conveniente para el interés público y para justificar esto, la nueva legislación da las herramientas.

Parafraseando las palabras que introducían el presente artículo y llevándolo al mundo de lo jurídico, puede decirse que la resistencia al cambio, y más en la Administración pública es algo entendible y hasta esperable, pero es más peligroso para el interés público no intentar ser más eficientes.

6. Bibliografía

Autoridad Contratación Pública (2024). Informe de rendición de cuentas. Diciembre 2022 - Diciembre 2023 [en línea]. Ministerio de Hacienda. Disponible en: <https://www.hacienda.go.cr/docs/PropuestaInformerendicioncuentasACP2022-2023.pdf> Fecha de consulta: 02-12-2024.

Naranjo Sandí, Paola Catalina. (2021). La nueva ley de Contratación Pública. influencia de la OCDE, principales cambios y su orientación al desarrollo sostenible [en línea]. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Disponible en: <https://repositorio.ulacit.ac.cr/handle/20.500.14230/10653> Fecha de consulta: 02-12-2024.

Vizcaíno, Xavier. (2023). Valor por el dinero en la contratación pública. [Webinar]. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=rpZa7Evl2F4> Fecha de consulta: 02-12-2024.

Algunas notas sobre el procedimiento especial de contratación de urgencia versus el régimen de excepción



M.Sc. María Virginia Cajiao Jiménez¹

Sumario

- 1 Introducción
- 2 Urgencias versus Emergencia: un asunto de conceptualización
- 3 Actividad ordinaria y extraordinaria: sus diferencias
- 4 Sobre los procedimientos regulados en dos normas distintas
- 5 Conclusión
- 6 Bibliografía

¹ M.Sc. María Virginia Cajiao Jiménez, graduada como Licenciada en Derecho (1995) y Especialista en Derecho Agrario y Ambiental (1998) de la Universidad de Costa Rica. Obtuvo el grado de Magíster en Políticas, Gestión y Legislación Ambiental Centroamericana en Nicaragua (2003). Certificada como mediadora y conciliadora por el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2019). Trabaja como Abogada Fiscalizadora en el Área de Fiscalización para el Desarrollo Sostenible desde octubre del 2019, en la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Contraloría General de la República.



1. Introducción

De sus orígenes en latín, la palabra contratación significa la acción y efecto de acordar las condiciones y el precio para la ejecución de una obra, adquisición de bienes o la prestación de un servicio. El término urgencia hace referencia a que algo apremia o requiere de pronta atención. Por su parte la palabra emergencia refiere a un suceso o situación que se presenta de imprevisto y requiere de una atención inmediata.

Para el caso de la actividad contractual que realiza el Estado, con fondos públicos, existen dos regímenes legales que si bien se refieren a una necesidad apremiante de contratación pública no son necesariamente lo mismo, por un lado existe el procedimiento especial de contratación de urgencia así contemplado en la Ley General de Contratación Pública² y por el otro lado un régimen de excepción al amparo de una emergencia así declarada mediante decreto ejecutivo, según lo establecido en la Ley Nacional de Emergencia y Prevención del Riesgo.³

La semejanza entre el vocablo emergencia y urgencia puede confundir y llevar a la conclusión que se está ante la misma situación, sin embargo de acuerdo a la legislación costarricense la aplicación de ambos corresponde a distintos procedimientos, así regulados en diferentes normativas jurídicas según se procede a explicar a continuación.

2. Urgencias versus Emergencia: un asunto de conceptualización

En Costa Rica, la Ley General de Contratación Pública vigente, ley n.º 9986, al igual que la ley precedente de contratación administrativa⁴, establece dentro de los procedimientos especiales de contratación, el de urgencia. Este procedimiento busca evitar la lesión al interés público, los daños graves a las personas o irreparables a las cosas, cuando la Administración se enfrenta a una situación urgente, independiente de las causas que la originaron para evitar lesiones al interés público.

En ese sentido habilita, en forma excepcional, la posibilidad que las instituciones públicas realicen las contrataciones de inmediato para asegurar la continuidad del servicio, sujeto a la posterior inscripción en el Sistema Digital Unificado, en el entendido que siempre debe existir una autorización suscrita y motivada por el jerarca.

Aunque la Ley General de Contratación Pública no establece una definición de urgencia, el reglamento a la Ley General de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo n.º 43808, en el artículo 166⁵ recientemente reformado, condiciona que para utilizar la figura de contratación de urgencia, el hecho generador debe ser un acontecimiento cierto, presente, ocasionado por la naturaleza o por la acción u omisión humana, cuyos efectos puedan ocasionar un inminente perjuicio al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas.

Por otra parte, la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, ley n.º 8488 al amparo del artículo 180 constitucional, establece que ante la declaratoria de un estado de emergencia por parte del Poder Ejecutivo, se faculta la utilización de un régimen o estado de excepción que cede ante la rigidez presupuestaria, para obtener ágilmente los recursos económicos, materiales o de otro orden.

En ese sentido el artículo 180 de la Carta Magna indica:

“...el Poder Ejecutivo podrá variar el destino de una partida autorizada o abrir créditos adicionales, pero únicamente para satisfacer necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública. En tales casos, la Contraloría no podrá negar su aprobación a los gastos ordenados y el decreto respectivo implicará convocatoria de la Asamblea Legislativa a sesiones extraordinarias para su conocimiento”.

La propia Ley n.º 8488, conceptualiza emergencia como un estado de crisis provocado por el desastre y basado en la magnitud de los daños y pérdidas. Se define como un estado o situación de necesidad y urgencia que obliga a tomar acciones de inmediato para salvar vidas y bienes, evitar sufrimiento y atender las necesidades de los afectados.

2 Ley n.º 9986 del 27 de mayo de 2021.

3 Ley n.º 8488 del 22 de noviembre de 2005.

4 Ley n.º 7494 del 2 de mayo de 1995.

5 Reformado mediante Decreto Ejecutivo n.º 44745-H, publicado en el Alcance n.º 186 a La Gaceta n.º 217 del 9 de octubre de 2024.

Cuando se da una declaratoria de estado de emergencia mediante un decreto ejecutivo, de acuerdo al artículo 32 de la misma Ley n.º 8488, se habilita la utilización de un régimen de excepción que permite tratamientos más expeditos para las compras públicas y la presupuestación de recursos para la atención de las emergencias; siempre y cuando exista un nexo de causalidad entre el suceso de la emergencia y los daños provocados; entiéndase por éstos daños las obras, bienes y servicios que sean necesarios de contratar.

Además, subordina la aplicación de ese régimen de excepción a la incorporación de los proyectos y obras al Plan General de la Emergencia que la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Emergencias (CNE) debe aprobar, dentro de un plazo máximo de dos meses, para cada emergencia decretada. En todos los casos, para que el Poder Ejecutivo pueda hacer modificaciones presupuestarias vía decreto ejecutivo y la CNE haga uso de esa excepción de contratación al amparo de una declaratoria de emergencia, debe existir un nexo de causalidad entre el evento generador de la emergencia y las obras, bienes y servicios a contratar.

La Procuraduría General de la República, mediante dictamen n.º C-358-2020 del 7 de setiembre del 2020, indicó que el régimen de excepción es fundamentalmente financiero, presupuestario y contractual, al expresar: "La emergencia permite variar el destino de las partidas presupuestarias en el tanto en que ese cambio sea necesario para atender la situación provocada por la emergencia. Así, como se excepcionan las reglas de contratación administrativa y de empleo público para enfrentar la emergencia. Estas excepciones son temporales y debe presentarse un nexo de causalidad entre la situación que configura la emergencia y los daños que se pretende solucionar a través de la modificación del presupuesto".

Es decir, la competencia del Poder Ejecutivo en su calidad de gestor de la Administración Pública se amplía para hacer frente a una necesidad urgente o imprevista, causada por una emergencia así decretada, pero acotada a la posibilidad de modificar el presupuesto para la atención de la emergencia, lo cual comprende las regulaciones presupuestarias, así como de disposición y administración de los recursos públicos.

Las contrataciones bajo éste régimen de excepción se realizan conforme con lo establecido en el Reglamento para las contrataciones públicas amparadas por el régimen de excepción de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, emitido el 7 de diciembre de 2023.

De esta manera, el procedimiento especial de mera urgencia es parte de la actividad contractual que la propia administración puede utilizar en el momento que enfrente alguna situación que así lo amerite y se pueda demostrar a la luz de lo establecido en la Ley General de Contratación Pública y su reglamento, en tanto el procedimiento del régimen de excepción contemplado en la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, es exclusivo para que la CNE realice las contrataciones requeridas al amparo de un estado de emergencia así declarado.

3. Actividad ordinaria y extraordinaria: sus diferencias

Para efectos de aplicación de la Ley General de Contratación Pública, según el artículo 2, las actividades ordinarias de la Administración así prevista en su ley constitutiva, las relaciones de empleo, los empréstitos públicos, las contrataciones fuera del país, los convenios o acuerdos de derecho internacional, las contrataciones que realice la Comisión Nacional de Emergencias, en virtud de su actividad extraordinaria, entre otros, están excluidas de la aplicación de la ley.

Fuera de ello, el artículo 1 establece que toda actividad contractual que emplee total o parcialmente fondos públicos les aplicará los procedimientos de esta ley, incluyendo la actividad contractual de los sujetos privados cuando administren o custodien fondos públicos o sean receptores de beneficios patrimoniales gratuitos o sin contraprestación, cuando ésta supere el 50% del límite inferior del umbral fijado para la licitación menor del régimen ordinario. Todo ello en concordancia con lo estipulado en el artículo 182 de la Constitución Política que establece que los contratos para ejecución de obra pública, compras y las ventas o arrendamientos de bienes que celebre los tres poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, se harán mediante licitación.

El reglamento a la Ley General de Contratación Pública, define la actividad ordinaria de la Administración como aquella “actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la respectiva ley de cada entidad como parte de su competencia y de la razón de su creación. La contratación de los medios necesarios para el ejercicio de la actividad ordinaria debe realizarse observando los procedimientos establecidos en la Ley General de Contratación Pública y este Reglamento”.

Por su parte, la ley n.º 8488, en su artículo 4 ha denominado como actividad extraordinaria a toda actividad que la CNE debe realizar frente a un estado de emergencia, y que para ello pueda utilizar procedimientos excepcionales, expeditos y simplificado dentro del régimen de administración y disposición de fondos y bienes. De ésta forma las competencias ordinarias de la Comisión corresponden específicamente a temas de prevención y preparación para la atención de situaciones de emergencia las cuales se ejecutan o regulan por la Ley General de Contratación Pública.

En definitiva, la actividad ordinaria de cada institución según las competencias que su propia ley de creación le asigna, así como las relaciones de empleo público, y otras actividades señaladas en el artículo 2 están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley General de Contratación Pública.

Sin embargo, cuando la Administración se enfrente ante un evento cierto, presente, ocasionado por la naturaleza, por acción u omisión y cuyos efectos ocasionen un inminente perjuicio al interés público puede aplicar el procedimiento especial de urgencia con su debida justificación. Nótese que la misma CNE como administración activa, cuando se encuentre ante situaciones de urgencia para cumplir sus propios fines y asegurar la continuidad del servicio público que brinda, puede acudir al procedimiento especial de urgencia.

Por el contrario, la expresión de actividad extraordinaria en nuestra legislación está reservada únicamente para la CNE, entendida como aquellas acciones dirigidas a atender emergencias cuando de

por medio hay un evento o fenómeno generador que es fortuito que nos coloca ante una condición de fuerza mayor y por lo tanto le faculta aplicar los procedimientos de ese régimen de excepción que se excluye de la aplicación de la Ley General de Contratación Pública.

4. Sobre los procedimientos regulados en dos normas distintas

La ley n.º 9986 establece tres tipos de procedimientos de contratación, el ordinario que contempla la licitación mayor, menor o reducida, el procedimiento extraordinario que incluye el remate y la subasta inversa electrónica así como los procedimientos especiales donde se ubica el de urgencia, bienes inmuebles y servicios en competencia.

De acuerdo al artículo 66 la Ley General de Contratación Pública, el procedimiento especial de contratación de urgencia cuenta con un mes para realizar la selección del contratista e iniciar con la ejecución de la contratación, a partir del hecho provocador, detallando la justificación a partir de la cual determinó la necesidad de utilizar ese procedimiento. De no ocurrir esas dos situaciones no es posible utilizar esta norma especial.

En razón de ello, la autorización motivada por parte del jerarca institucional recae en un acto administrativo debidamente razonado que permite la contratación bajo un procedimiento especial, donde precisamente se demuestre el nexo de causalidad entre esa urgencia y la necesidad de esa contratación, con la expresa descripción del hecho provocador, que habilita el uso del procedimiento especial.

El artículo 166 del reglamento a la Ley General de Contratación Pública, establece que la Administración deberá invitar por medio del sistema digital unificado al menos tres oferentes, salvo se vea mejor atendida con una única propuesta o no exista esa cantidad de oferentes. Dicho procedimiento también contempla la opción de realizar la contratación en forma previa y luego conformar el expediente en el sistema digital unificado, cuando se amenace la continuidad del servicio. Acto administrativo que igualmente debe ir motivado y autorizado por el máximo jerarca.

Por su parte, al amparo de la ley n.º 8488, la CNE en su condición de rectora de todo lo que se refiera a la prevención de riesgos y a los preparativos para atender situaciones de emergencia, establece en su reglamento para las contrataciones públicas por régimen de excepción 6 tipos de procedimientos: contratación extraordinaria para atención inmediata impostergable, contrataciones mediante crédito para obtención de suministros y servicios urgentes durante emergencia, contratación para emergencias locales no declaradas, y la contratación por emergencia declarada que a su vez contiene la contratación para primeros impactos, contratación por extremas urgencias y contratación por emergencias.

Todos estos procedimientos de la CNE permiten un tratamiento más expedito en cuanto a plazo, contiene su propio régimen recursivo y es comprensivo de la actividad administrativa (contratación) y disposición de fondos y bienes públicos (presupuesto), siempre y cuando sea estrictamente necesario para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes y servicios públicos, entendiendo que para cualquier medida que se tome debe existir un nexo de causalidad entre el suceso provocador del estado de emergencia y los daños provocados basado en un estado de necesidad y urgencia.

Importante indicar que ambos procedimientos (emergencia y urgencia) se utilizan en diferentes supuestos que requieren indiscutiblemente un tratamiento especial y más expedito para contratar, siempre y cuando así se justifique y demuestre, ya sea en el acto administrativo por parte del jerarca que autoriza la utilización del procedimiento especial de urgencia o con base en el plan general de emergencia que se constituya al amparo de la declaratoria de un estado de emergencia.

Lo que sí comparten en común ambos procedimientos basados en los principios de legalidad y transparencia por la utilización de los fondos públicos, es la necesaria utilización de la plataforma tecnológica del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), la demostración de ese nexo de causalidad entre el evento ocurrido así como la necesidad de las actividades y las obras a contratar.

5. Conclusión

Los procedimientos de contratación pública denominados urgencia y emergencia, si bien se refieren a fondos públicos, pertenecen a dos tipos de procedimiento contractual diferentes, los cuales a su vez son regulados por dos leyes diferentes.

Siendo ambos casos contrataciones que deben ser realizadas con premura y en forma ágil, es necesario reforzar las actividades de control interno.

Ello conlleva a la necesidad de robustecer el Sistema de Control Interno de las instituciones así como ajustar el reglamento de la Ley General de Contratación Pública, en lo que respecta a los alcances para la aplicación y control del procedimiento especial de urgencia contemplado en el artículo 166.

La CNE por su parte, en tanto la ley n.º 8488 indica que para ejecutar las acciones, obras o contratos definidas en el Plan General de la Emergencia deberá nombrar y supervisar unidades ejecutoras y que, la Auditoría Interna de la CNE ejerce sus funciones tanto dentro de la misma institución como sobre cualquier organismo o dependencia que ejecute planes o programas con recursos provenientes de dicha Comisión, debe apostar a la mejora continua de su Sistema de Control Interno, toda vez que se está ante fondos públicos y que su destino va dirigido a la atención apremiante de una necesidad pública.

6. Bibliografía

Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949. (Costa Rica).

Ley General de Contratación Administrativa, ley n.º 7494 del 2 de mayo de 1995. Derogada (Costa Rica).

Ley General de Contratación Pública, ley n.º 9986 del 27 de mayo de 2021. (Costa Rica).

Ley Nacional de Emergencia y Prevención del Riesgo, ley n.º 8488 del 22 de noviembre de 2005. (Costa Rica).

Procuraduría General de la República, Dictamen n.º C-358-2020 del 7 de setiembre del 2020. (Costa Rica).

Reglamento a la Ley General de la Contratación Pública, Decreto Ejecutivo n.º 43808-H del 22 de noviembre de 2022 y sus reformas. (Costa Rica).

Reglamento para las contrataciones públicas amparadas por el régimen de excepción de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias. Junta Directiva de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias del 7 de diciembre del 2023. (Costa Rica).

Plusvalía ecológica ilícita: fundamentos para su aplicación en Costa Rica



Mario Peña Chacón¹

Nemo debet locupletari ex aliena jactura

Sumario

- 1 Introducción
- 2 Plusvalía ecológica ilícita
- 3 Herramientas jurídicas en el derecho costarricense que permitirían aplicar la figura de la plusvalía ecológica ilícita
- 4 Hermenéutica jurídica ambiental
- 5 Bienes comunes ambientales
- 6 Valores, reglas, principios y derechos que habilitan la aplicación de la figura de la plusvalía ecológica ilícita
- 7 Conclusiones
- 8 Bibliografía

¹ Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Abogado litigante, consultor, investigador y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com



Resumen: La plusvalía ecológica ilícita es una figura jurídica autónoma y de reciente data que tiene sus bases en la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y restitución plena, así como en los principios generales del derecho de buena fe, confianza legítima, prohibición de abuso de derecho y de su ejercicio antisocial y de enriquecimiento sin causa, y se encuentra íntimamente vinculada a los principios ambientales de quien contamina paga y reparación integral de los daños ambientales colectivos.

Palabras claves: Plusvalía ecológica ilícita. Daño Ambiental. Responsabilidad Ambiental. Hermenéutica ambiental. Principios ambientales.

Abstract: Illicit ecological capital gain is an autonomous and recent legal figure that has its bases in the constitutional guarantee of effective judicial protection and full restitution, as well as in the general principles of the law of good faith, legitimate expectations, prohibition of abuse of rights and of its antisocial exercise and unjust enrichment, and is closely linked to the environmental principles of the polluter pays and comprehensive repair of collective environmental damage.

Keywords: Illicit ecological capital gain. Environmental damage. Environmental hermeneutics. Environmental principles.

1. Introducción

En octubre del 2023, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) dio a conocer su primera *Evaluación de Desempeño Ambiental: Costa Rica 2023*², que incluyó 52 recomendaciones sobre desempeño ambiental, crecimiento verde e inclusivo y conservación y uso sostenible de la biodiversidad.

En materia de requisitos medioambientales, una de las recomendaciones de la OCDE fue: *“Imponer multas que reflejen la gravedad de la infracción y recuperen los beneficios económicos del incumplimiento para el*

operador, con miras a aumentar el efecto disuasorio de las sanciones monetarias; asignar los ingresos de las multas al presupuesto estatal”.

Esta sugerencia se da debido a que el sistema de responsabilidad ambiental costarricense (administrativo, civil y penal) no contempla explícitamente, en los montos de las multas, ni en las compensaciones económicas derivadas de las condenas administrativas y jurisdiccionales por daños ambientales, la recuperación de los beneficios económicos obtenidos por los operadores a raíz de conductas contra el ambiente.

El cumplimiento de esta recomendación por parte de Costa Rica podría darse por medio de una reforma legislativa integral a múltiples cuerpos normativos ambientales que contemplan la imposición de sanciones administrativas de carácter económico, a efectos que las multas sean actualizadas y reflejan tanto la gravedad de la infracción como la recuperación de los beneficios económicos obtenidos por el operador. También podría acatarse a través del reconocimiento, a nivel jurisdiccional y administrativo, de la figura conocida por la doctrina, el derecho y la jurisprudencia comparada como *plusvalía ecológica ilícita*, también llamada compensación por beneficios indebidos obtenidos.

El objetivo del presente artículo académico es desarrollar todas aquellas herramientas jurídicas existentes en el ordenamiento costarricense que permitirían a los operadores de justicia ambiental, sin necesidad de reforma legal, aplicar la figura de la plusvalía ecológica ilícita en los procesos administrativos y jurisdiccionales de responsabilidad por daño ambiental.

Para ello, en primera instancia, se desarrollará esta figura a la luz de la doctrina, el derecho y la jurisprudencia comparada, con el fin determinar su origen, contenido, características e implicaciones; luego, se acudirá a la caja de herramientas jurídicas que ofrece el Estado de Derecho Ambiental para fundamentar su posible aplicación en el derecho interno.

2. Plusvalía ecológica ilícita

La plusvalía ecológica ilícita es una figura jurídica autónoma y de reciente data que tiene sus bases en la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y

² Disponible en: https://www.oecd-ilibrary.org/sites/12ba9b0d-en/index.html?itemId=%2Fcontent%2Fcomponent%2F12ba9b0d-en&fbclid=IwAR2-Tl6jttybpTyQmwHn_iDxd2Eh_P0bqXpWeafse40j_B5BKdxvjgMUYb4 (Consultado el 10 de octubre de 2023).

restitución plena, así como en los principios generales del derecho de buena fe, confianza legítima, prohibición de abuso de derecho y de su ejercicio antisocial y de enriquecimiento sin causa, y se encuentra íntimamente vinculada a los principios ambientales de quien contamina paga y reparación integral de los daños ambientales colectivos³.

Guanziroli⁴, citando a Kemelmajer de Carlucci, expone que el derecho italiano utiliza como parámetro para cuantificar las sumas que debe abonar el contaminador *“el beneficio obtenido por el transgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente”*, esto en relación con las ganancias obtenidas. Al efecto, refiriéndose a un fallo de la pretura de Verona expone:

“Cualquiera sea el juicio crítico que merezca, no puede dudarse que la ley italiana ha querido dejar muy claramente establecido que el principio “el contaminador paga” no quiere decir “el que paga puede contaminar”, pues está claro que no le basta con la “internalización de la externalidad negativa” sino que tiene una verdadera función disuasoria. Por eso ha dicho la pretura de Verona, en el fallo del 1/2/1988, que la tutela prevista en el art. 18 de la ley 349/86 no sólo tiene carácter resarcitorio, sino también inhibitorio, preventivo y dinámico”.

En el continente americano ha sido el Tribunal Superior de Justicia de Brasil (STJ) a partir del 2012⁵, el encargado de su mayor desarrollo jurisprudencial.

3 “Bajo un enfoque basado en derechos humanos y ecosistémico, daño ambiental colectivo o daño ecológico es toda acción u omisión, lícito o ilícito, ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro, de forma significativa, la integridad de los ecosistemas (macrobién ambiental), los elementos y recursos naturales (microbién ambientales), ciclos naturales que permiten la vida y los servicios ecosistémicos que proporcionan tanto a las generaciones actuales y futuras como a demás seres vivos con los que compartimos el planeta”. Peña Chacón, Mario (2023) Criterios para determinar el carácter significativo del daño ambiental, Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Editorial Rubinzal-Culzoni, mayo 2023, Argentina, p. 384.

4 Guanziroli, Julián Enrique (2012) Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino, en Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012, disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/> (Consultado 14 de octubre de 2023)

5 Entre otras sentencias del Supremo Tribunal de Justicia, pueden consultarse las siguientes: REsp n. 1.198.727-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14.8.2012, DJe de 9.5.2013; REsp n. 1.367.923-RJ (2011/0086453-6), Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12.9.2013; REsp n. 1.145.083-MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27.9.2011, DJe de 4.9.2012; REsp 1635451 / MG. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.12.2016, DJe de 28.8.2020.

En ese sentido, en las sentencia REsp 1198727 / MG, Recurso Especial 2010/0111349-9 del 14 de agosto de 2012 y REsp n. 1.367.923-RJ (2011/0086453-6) del 12 de setiembre de 2013⁶, el STJ de Brasil, Sección Segunda, dispuso:

- La legislación destinada a proteger a sujetos vulnerables e intereses difusos y colectivos debe interpretarse de la forma que les resulte más favorable y mejor permita, en términos de eficacia, la provisión de competencia y la ratio essendi de la norma. La hermenéutica jurídico-ambiental se rige por el principio in dubio pro natura.
- Al responsabilizar civilmente a un infractor ambiental, la prioridad de la recuperación in natura del bien degradado no debe confundirse con la imposibilidad de acumular simultáneamente los deberes de restauración natural (obligación de hacer), compensación ambiental y compensación monetaria (obligación de dar) y abstención de uso y daño adicional (obligación de no hacer).
- Según la tradición del Derecho brasileño, atribuir responsabilidad civil al agente causante de la degradación ambiental difiere de hacerlo administrativa o penalmente. Por tanto, una eventual absolución en el proceso penal o ante la Administración Pública no influye, por regla general, en la responsabilidad civil, pese a las excepciones en el numerus clausus del ordenamiento jurídico, como la negación inequívoca del hecho ilícito (no ocurrencia de daños ambientales). degradación, por ejemplo) o autoría (directa o indirecta), en los términos del art. 935 del Código Civil.
- En las demandas ambientales, debido a los principios de quien contamina paga y de reparación in integrum, es posible condenar al demandado, simultánea y acumulativa, con la obligación de hacer, no hacer y compensar. Existe una obligación típica acumulativa o conjuntiva. Así, en la interpretación de los arts. 4º, VII, y 14, § 1º, de la Ley de Política Ambiental Nacional (Ley 6.938/81), y art. 3 de la Ley 7.347/85, la conjunción “o” opera con valor aditivo, no introduce alternativa excluyente. Esta posición jurisprudencial tiene en cuenta que el daño ambiental es multifacético (ético, temporal,

6 Disponibles en: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos_ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001113499 (Consultado 13 de octubre de 2023).

ecológico) y patrimonialmente hablando, sensible a la diversidad del vasto universo de víctimas, que va desde el individuo aislado hasta lo colectivo, pasando por las generaciones futuras y los propios procesos ecológicos considerados.

- Si el bien ambiental dañado se restablece inmediata y completamente al status quo ante (*reductio ad pristinum statum*, es decir, restauración a su condición original), normalmente no se habla de compensación. Sin embargo, la posibilidad técnica, en el futuro (= posible disposición jurisdiccional), de una restauración in natura no siempre es suficiente para revertir o restaurar plenamente, en el ámbito de la responsabilidad civil, las diversas dimensiones del daño ambiental causado; por lo tanto, no agota los deberes asociados a los principios de quien contamina paga y reparación in integrum. Negarse a aplicar o aplicar parcialmente los principios de quien contamina paga y de reparación in integrum corre el riesgo de proyectar, moral y socialmente, la impresión dañina de que el ilícito ambiental vale la pena. De ahí que la respuesta administrativa y judicial no sea más que un “riesgo o coste de negocio” aceptable y manejable, que lleva a debilitar el carácter disuasorio de la protección jurídica, verdadero estímulo para otros, inspirado en el ejemplo de la impunidad de hecho, incluso si no es de derecho, del preso infractor, imitar o repetir su conducta nociva.
- La responsabilidad civil ambiental debe entenderse de la manera más amplia posible, de modo que la orden de recuperación de la zona dañada no excluya el deber de indemnización - sentencias retrospectivas y prospectivas.
- La acumulación de obligaciones de hacer, no hacer y pagar no constituye bis in idem, porque la indemnización, en lugar de considerar daños concretos ya ecológicamente restaurados o por restaurar, pone el foco en parte del daño que, si bien causado por el mismo comportamiento pasado del agente, presenta efectos nocivos de carácter futuro, irreparables o intangibles.
- Esta degradación transitoria, remanente o refleja del medio ambiente incluye: a) el daño ecológico que media, temporalmente, el momento de la acción u omisión nociva y el pleno restablecimiento o recomposición de la biota, es decir, el intervalo transitorio de deterioro, total o parcial, en el goce

del bien común del pueblo (= daño provisional o intermedio), algo frecuente en la hipótesis, por ejemplo, en el que el orden judicial, restrictivamente, se conforma con la exclusiva regeneración natural y pierde de vista la flora ilegalmente suprimida, b) la ruina ambiental que subsiste o persiste, a pesar de todos los esfuerzos de restauración (= daño residual o permanente), y c) daño moral colectivo. El beneficio económico del agente procedente de la actividad o empresa degradante, la plusvalía ecológica ilícita, también debe ser reembolsada al patrimonio público y a la comunidad (por ejemplo, madera o mineral extraído irregularmente del área degradada o beneficiarse de su uso espurio con fines agroforestales, turísticos o comerciales).

Leite y Ayala⁷ refiriéndose a estas sentencias señalan que son paradigmáticas en el sentido de que sostienen que el agente económico contaminante debe compensar el impacto causado, al estar la actividad económica sujeta a una función socioambiental, evitando ceder un tipo de plusvalía ecológica a quienes amenazaban o produjeron pérdidas de la sostenibilidad de vida para la comunidad, según la evaluación del sistema de la Constitución Federal de Brasil de 1988, especialmente los artículos 170 y 225.

A la vez, en la sentencia del proceso REsp 1635451 / MG, Recurso Especial 2016/0213756-9 del 13 de diciembre de 2016⁸, el STJ de Brasil, Sección Segunda, en lo que interesa, dictó:

- En el derecho brasileño y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, la responsabilidad civil por daños ambientales, cualquiera que sea la calificación jurídica del degradador público o privado, es de carácter objetivo, solidario e ilimitado, rigiéndose por quien contamina paga, la reparación *in integrum*, la prioridad de la reparación *in natura* y el *favor debilis*, legitimando este último una serie de técnicas para facilitar el acceso a la justicia, incluida la inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima ambiental. La reparación *in integrum* del daño ambiental, hermano siamés del

⁷ Leite, José Rubens Morato y Ayala, Patryck de Araújo (2014) *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 317.

⁸ Disponible en: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201602137569> (Consultado 13 de octubre de 2023).

principio de quien contamina paga, está vigente en nuestro ordenamiento jurídico, determinando la responsabilidad por todos los efectos derivados de una conducta nociva, incluyendo, entre otros aspectos, el daño soportado por la sociedad, hasta que se produzca su completa reparación y recuperación absoluta *in natura* del bien lesionado.

- Debe ser reembolsado al patrimonio público y a la colectividad el beneficio económico del agente proveniente de la actividad o empresa degradante, la plusvalía ecológica ilícita que obtuvo (por ejemplo: madera o mineral extraído irregularmente del área degradada o el beneficio de su uso espurio para agroforestería, fines turísticos, comerciales).

Resoluciones más recientes, provenientes tanto de la Sección Primera y Segunda del STJ de Brasil⁹, relacionadas con el principio de reparación integral de daños ambientales en casos de minería legal e ilegal respecto a la obligación de devolución de los ingresos totales provenientes de la extracción irregular y la imposibilidad del infractor de beneficiarse de su propio dolo, han sostenido que *“la indemnización deberá cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados a la entidad federativa bajo pena de frustrar el carácter pedagógico-punitivo de la sanción y fomentar la impunidad de la empresa infractora, que haya incurrido en conductas graves de extracción irregular de minerales”*.

Como puede observarse, en el caso brasileño, la figura de la plusvalía ecológica ilícita es una creación jurisprudencial consecuencia directa de la hermenéutica jurídica ambiental basada en el principio *in dubio pro natura* y parte del hecho de que el ambiente es un bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida¹⁰, siendo que su afectación impacta

9 STJ, AREsp 1.520.373/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDO PANEL, DJe del 13/12/2019). En el mismo sentido: STJ, REsp 1.891.517/SC, Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDO PANEL, DJe del 06/10/2022; AgInt no AREsp 1.192.559/PR, Relativo Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMER PANEL, DJe de 12/01/2022; AgInt no AREsp 1.893.855/SC, Ministro OG FERNANDES, SEGUNDO CLASE, DJe del 30/06/2022; AREsp 2.007.665/SC, Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMERA CLASE, DJe del 11/11/2022; AgInt no REsp 1.592.779/SC, Ministro Rel. OG FERNANDES, SEGUNDO PANEL, DJe del 14/10/2021; AREsp 1.676.242/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDO PANEL, DJe del 01/12/2020; Resp 1.923.855/SC, Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDO PANEL, DJe de 28/04/2022.

10 Artículo 225 de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil: Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

negativamente a la colectividad como un todo, incluyendo a las generaciones actuales, futuras y los propios sistemas ecológicos.

Su viabilidad jurídica se sustenta en el principio de reparación *in integrum*, que a criterio del STJ de Brasil es el hermano siamés del principio de quien contamina paga. De Souza Miranda¹¹, comentando la sentencia STJ –REsp 1654950-SC– DJ 06.09.2018, expone que la aplicación del principio de reparación integral dispone que para lograr la reparación total del daño ambiental es necesario identificar específicamente todas las dimensiones del daño, que pueden incluir: daño reversible (capaz de repararse mediante un retorno al status quo ante); daño irreversible (incluye la pérdida definitiva –total o parcial– del bien dañado); daños provisionales (que comprenden la pérdida que media temporalmente entre el momento de la acción u omisión dañina y la restauración o recomposición total del bien); ganancias ilícitas obtenidas (relacionadas con la obtención de valores económicos del daño causado); daños morales colectivos (violación antijurídica de un determinado círculo de valores colectivos) y daños sociales (relacionados con la pérdida de la posibilidad de disfrutar del bien lesionado).

El STJ de Brasil ha determinado que los principios contaminador-pagador y reparación *in integrum* facultan, en los procesos de responsabilidad por daño ambiental, la condena del demandado, de forma simultánea y acumulativa, con obligaciones de hacer, no hacer y pagar, las cuales no constituyen *un bis in idem* porque la compensación también considera los efectos nocivos de carácter futuro, irreparables o intangibles.

Por lo antes expuesto, sería posible afirmar que la plusvalía ecológica ilícita se integra y forma parte de las obligaciones acumulativas y simultáneas derivadas de la responsabilidad ambiental. Estas obligaciones incluyen, entre otras: la suspensión y paralización de los actos que pudieran generar daños adicionales; el pago de multas de carácter económico; la recomposición de los bienes comunes ambientales, en la medida de

11 De Souza Miranda, Marcos Paulo (2019) Danos ao patrimônio cultural obrigam ressarcimento de lucros ilícitos obtidos, Conjur, 16 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/ambiente-juridico-danos-patrimonio-cultural-obrigam-ressarcimento-lucro-ilicito> (Consultado 14 de octubre de 2023).

lo posible, a su estado anterior al evento dañino; la indemnización económica de los derechos subjetivos vulnerados; el daño moral colectivo; así como la recuperación, en beneficio de la colectividad, de los beneficios económicos obtenidos por el infractor ambiental.

Su naturaleza jurídica es tanto compensatoria, disuasoria, pedagógica y punitiva. Busca devolver a los titulares de los bienes comunes ambientales -la colectividad-, a través del erario público, el beneficio económico obtenido por el trasgresor como consecuencia de su comportamiento lesivo al ambiente, en menoscabo y detrimento de los intereses supraindividuales de los usufructuarios actuales y futuros de los bienes y servicios ecosistémicos.

Su finalidad también es desincentivar económicamente a los generadores de daños ambientales, a efectos que el principio contaminador-pagador no se convierta en pagar por contaminar, disuadiendo la proliferación e impunidad de futuras conductas nocivas similares, generando con ello un efecto inhibitorio, preventivo, pedagógico y sancionatorio.

Al estado actual de su desarrollo, sería posible definir esta figura como la obligación que recae sobre los agentes generadores de daños ambientales colectivos de restituir a la colectividad, a través del erario público -caja única del Estado-¹², las ganancias, beneficios y el provecho económico obtenido como consecuencia del aprovechamiento lesivo de los bienes comunes ambientales, en detrimento de los derechos de las generaciones presentes y futuras y los sistemas ecológicos.

12 La Caja Única del Estado ostenta en Costa Rica rango de principio constitucional vía interpretación jurisprudencial del artículo 185 de la Carta Magna; a la vez, encuentra sustento en normativa de rango legal, específicamente la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, artículos 1, 43 y 66, así como desarrollo infra legal por medio del Reglamento para el Funcionamiento para la Caja Única del Estado (Decreto Ejecutivo 33950-H). Determina que todos los ingresos del Estado central, como sus egresos de dinero, deberán ser canalizados a través de una oficina especializada por el Ministerio de Hacienda, la Tesorería Nacional, de modo que, para las autoridades de control de la Hacienda Pública, en especial para la Contraloría General de la República, resulte más eficaz la vigilancia sobre el buen uso que se dé a los fondos públicos. Aplica para los órganos y entes que conforman la Administración Central, así como los demás Poderes de la República, el Tribunal Supremo de Elecciones y sus dependencias, quedando excluidas de dicha «caja única» las entidades descentralizadas, las instituciones autónomas y las municipalidades, respecto de las cuales la Contraloría General de la República siempre mantiene el deber de aprobación, fiscalización y verificación de la ejecución presupuestaria.

El provecho económico que debe restituirse es el generado indebidamente por el agente infractor por el uso, goce, disfrute, aprovechamiento, explotación, comercialización, trasmisión o cualquier otro tipo de actividad lucrativa que haya producido alguna ventaja, ganancia o beneficio como consecuencia del aprovechamiento lesivo de los bienes comunes ambientales.

Las sumas provenientes de la plusvalía ecológica ilícita deben ser en favor de la colectividad, afectados a un fin público ambiental en beneficio de las generaciones presentes y futuras y demás especies, a través de su depósito en el erario público -caja única del Estado-.

Su cuantificación debe determinarse a través de una pericia actuarial, preferiblemente dentro de las valoraciones económicas integrales de los daños ambientales.

En sentencia, la autoridad jurisdiccional o administrativa estaría facultada para: a) Determinar el monto y ordenar su depósito en la caja única del Estado, en una cuenta cliente creada para tal fin¹³, cuyo titular debería ser aquel ente público cuyas competencias administrativas sean las más afines e idóneas con el destino elegido; y b) Fijar su destino, dando preferencia a acciones tendientes a inhibir, prevenir, eliminar y disuadir la proliferación de futuras conductas nocivas similares.¹⁴

Al tratarse de una figura autónoma, la plusvalía ecológica ilícita guarda similitudes y diferencias respecto a otros institutos jurídicos también vinculados con la responsabilidad ambiental y la reparación integral.

13 En Costa Rica, tanto por ley como por sentencia (judicial o administrativa) se han venido creando cuentas especiales dentro de la Caja Única del Estado. Se trata de un mecanismo de naturaleza presupuestaria que encuentra fundamento en el artículo 66 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, así como en los numerales 83 y 84 de su Reglamento. Este mecanismo busca potenciar al máximo los principios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía al crear cuentas clientes especiales dentro de la caja única del Estado para el cumplimiento de los destinos específicos, exclusivos y excluyentes fijados previamente por ley, reglamento o sentencia.

14 El nuevo Código Procesal Agrario de Costa Rica dispone en sus artículos 285 al 290, que es el juez, en sentencias condenatorias por daño ambiental, quien ordena la creación de la cuenta cliente especial y fija el destino de la indemnización para ejecutar las obras de reparación y restauración; quien además, elige aquella entidad pública cuyas competencias administrativas sean las más afines o idóneas para la recomposición de ambiente como titular y administrador de la cuenta especial y quien ordena al Ministerio de Hacienda tomar las provisiones financieras en el título presupuestario correspondiente.

En un primer orden de ideas, la figura del decomiso, custodia, donación y comiso de bienes ambientales y los equipos utilizados¹⁵ es distinta a la plusvalía ecológica ilícita. Si bien, ambas son consecuencia del uso indebido de los bienes ambientales, la primera implica la pérdida de tenencia ilegítima de los bienes ambientales y de los equipos utilizados para su extracción, colecta, caza, pesca y procesamiento, etc., mientras que la segunda, se focaliza exclusivamente en la devolución a la colectividad del provecho económico obtenido a través de su aprovechamiento lesivo como lo serían, a manera de ejemplos, los montos percibidos por la venta de madera ilegalmente extraída o de flora y fauna silvestre, las ganancias generadas por actividades agropecuarias en terrenos de aptitud forestal donde ocurriera un cambio de uso de suelo o dentro de áreas de protección del recurso hídrico, las sumas percibidas a raíz de la extracción minera ilegal, el provecho económico obtenido por el aprovechamiento irregular de pozos, etc.

Por su parte, respecto a las figuras de capitales emergentes¹⁶ y extinción de dominio¹⁷, la plusvalía ecológica ilícita se asemeja en que suponen la incautación y pérdida de patrimonio en favor del Estado, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna; en que persiguen bienes y no personas sin establecerse ningún tipo de sanción o responsabilidad de orden criminal contra sujeto alguno; y en que ninguna de ellas posee una naturaleza penal¹⁸. Sin embargo, la figura de capitales emergentes opera cuando no se puede demostrar la causa justa de

adquisición de estos caudales o peculio¹⁹ y la extinción de dominio se enfoca exclusivamente en la persecución de activos generados a partir del ejercicio de actividades ilícitas provenientes del crimen organizado²⁰; por su parte, la plusvalía ecológica se centra específicamente en la restitución del provecho económico obtenido, sin justa causa, a través de actividades generadoras de daños ambientales colectivos, independientemente que se trate o no de crimen organizado, siendo también posible su aplicación a situaciones propias de la teoría del abuso del derecho²¹ generadoras de un enriquecimiento indebido²², o sea, cuando el ejercicio de un derecho sobrepasa los límites normales dados por el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe y la equidad, violentando los fines del ordenamiento jurídico, en detrimento de los bienes comunes ambientales y de los derechos de las generaciones actuales y futuras. Además, mientras la plusvalía ecológica aplica tanto a sujetos de derecho público como privado, las figuras de capitales emergentes y extinción de dominio están concebidas para ser aplicadas sobre los bienes de los particulares.

Con la figura del daño moral colectivo ambiental²³, la plusvalía ecológica ilícita comparte su naturaleza compensatoria y disuasoria, así como que el destino de los montos derivados de ambas figuras debe estar afectados a un fin público ambiental en beneficio de la colectividad. Se diferencian en el carácter sancionatorio que posee la plusvalía ecológica ilícita y del que carece el daño moral colectivo, así como en que ambas responden a distintos aspectos y funciones de la responsabilidad

15 Al efecto puede consultarse la Política de Persecución Penal de los Delitos Ambientales del Ministerio Público de Costa Rica, Circular 01-PPP-2020.

16 Artículos 20 al 22 de la Ley Contra la Delincuencia Organizada.

17 "La extinción de dominio es un instituto jurídico dirigido contra los bienes de origen o destinación ilícita. Como tal, es un instrumento de política criminal que busca complementar el conjunto de medidas institucionales y legales adoptadas por los países. Por su naturaleza y alcance, se constituye en un mecanismo novedoso y una respuesta eficaz contra el crimen organizado, ya que se enfoca exclusivamente en la persecución de toda clase de activos que integran la riqueza derivada de la actividad criminal." Artículo 1 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio, UNOC, disponible en web https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. (Consultado 22 de octubre de 2023). // Existe un proyecto en la corriente legislativa costarricense que busca evitar el financiamiento de actividades criminales (v. gr. el narcotráfico) mediante la creación de una jurisdicción y proceso especial (civil, administrativo y penal) que permita la extinción de dominio.

18 Los procesos se llevarán a cabo ante tribunales de justicia especializados no penales y no se contempla la investigación de delitos ni la imposición de penas a sus posibles autores. Opinión Jurídica 56-J-2021 del 08 de marzo del 2021 de la Procuraduría General de la República.

19 Diccionario usual del Poder Judicial, disponible en: <https://diccionariouusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/51433:extincio%C3%B3n-de-dominio> (Consultado el 22 de octubre de 2023)

20 Opinión Jurídica 56-J-2021 del 08 de marzo del 2021 de la Procuraduría General de la República.

21 Artículo 22 del Código Civil.

22 Bajo la máxima jurídica de que nadie debe enriquecerse injustamente con perjuicio ajeno.

23 Es posible definir al daño moral colectivo de carácter ambiental como la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la colectividad, equivalente a la lesión a intereses supraindividuales no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el entorno natural que los circunda, encontrando su respaldo jurídico en el ordenamiento jurídico costarricense en los artículos 41 y 50 constitucionales y 28 del Código Procesal Penal, así como en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución 675-2007 de las 10:00 horas del 21 de setiembre del 2007. Para mayores detalles se recomienda al lector el artículo de este mismo autor titulado Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos: delimitaciones y alcances en materia ambiental, Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Volumen X, 2018, disponible en: <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/documentos/publicaciones-cgr/revista-derecho/10/revista-derecho-10.pdf> (Consultado 13 de octubre de 2023).

ambiental, pudiendo incluso acumularse, así como en el carácter extrapatrimonial del daño moral colectivo. También se distinguen en su cuantificación, que en el caso del daño moral colectivo, el juez en su calidad de perito de peritos, debe acudir y aplicar para su fijación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, basarse en las reglas de la equidad, justicia, la lógica y conveniencia, no estando sometido a criterios rígidos, inflexibles ni a fórmulas matemáticas que conlleven a la rigurosidad de su determinación, siendo la prudencia y racionalidad con que se mida el daño lo que otorgará legitimidad a la decisión.

Con los daños punitivos²⁴, la plusvalía ecológica ilícita comparte su carácter disuasorio y punitivo, pero se diferencian en que mientras los primeros tienen esencia estrictamente sancionatoria, la plusvalía posee, además, una finalidad compensatoria. Respecto a los titulares de los montos de los daños punitivos, tradicionalmente han sido los demandantes de las acciones de clase o colectivas, sin embargo, en los últimos años esto ha venido cambiando, siendo posible un destino mixto, tanto privado como público.

Sobre la cuantificación de los daños punitivos, al tratarse de una multa civil, al juzgador le está permitido valorar y tomar en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

Por último, es importante destacar que los daños punitivos se encuentran proscritos del ordenamiento jurídico costarricense, tal y como lo ha interpretado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia a la luz del artículo 41 constitucional²⁵.

24 Para la Aida Kemelmajer de Carlucci, los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo y que a la vez se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado. Los daños punitivos según Julián Enrique Guanzirolí, buscan castigar graves inconductas, prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción y restablecer el equilibrio emocional de la víctima, por ello, y tal y como opina Jorge Galdós, la “multa civil” supone un “plus”, como incentivo preventivo de conducta y como reacción jurídica ejemplar, respecto de ciertos daños que se añaden o acoplan al resarcimiento en sentido clásico (patrimonial y extrapatrimonial). Guanzirolí, Julián Enrique, op.cit.

25 Entre otras, pueden consultarse las resoluciones: 1153-2011 de las 09:35 horas del 03/09/2011 y 420-2012 de las 10:05 horas del 28/03/2012,

3. Herramientas jurídicas en el derecho costarricense que permitirían aplicar la figura de la plusvalía ecológica ilícita

Al estado actual de su desarrollo normativo y jurisprudencial, el sistema de responsabilidad civil por daño ambiental costarricense, independientemente de que se trate de actores privados o públicos²⁶, acción u omisión²⁷ o hecho lícito o ilícito²⁸, se caracteriza por: una amplia legitimación activa²⁹; por su carácter objetivo³⁰, solidario³¹ y *propter rem*³²; inversión de la carga probatoria³³ y por la obligación de reparación

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

26 Resolución 132-1991 de las 15:00 del 14/08/1991 de la Sala Primera Corte Suprema de Justicia.

27 Artículos 98 y 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, 57 de la Ley Forestal, 384 de la Ley General de Salud, 67 de la Ley de Protección Fitosanitaria, 115 y 149 de la Ley de Pesca y Acuicultura, 57 de la Ley de Gestión Integral de Residuos, 135 de ley 4891 “Código Penal de 1941. Resolución 1669 de las 14:51 horas del 18/02/2000 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X.

28 Opinión Consultiva 23/17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 103; Corte Internacional de Justicia, Caso Costa Rica-Nicaragua, sentencia del 16 de diciembre de 2016. Resolución 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 493-2004 de las 10:20 horas del 20/05/2004 del Tribunal de Casación Penal.

29 Artículo 50 constitucional, 105 de la Ley de Biodiversidad, 58 de la Ley Forestal, 10 del Código Procesal Contencioso Administrativo, 38 y 74 del Código Procesal Penal, 19 del Código Procesal Civil, 28 del Código Procesal Agrario. Resolución 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 3705-93, de las 15:00 horas del 30/06/1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 00437 – 2022 de las 16:46 horas del 22/04/2022 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

30 Artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente, 57 de la Ley Forestal, 5 de la Ley de Cercas Divisoria y Quemadas, 52 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, 31 y 32 de la Ley de Protección Fitosanitaria, 62 de la Ley de Gestión Integral de Residuos, 190 de la Ley General de Administración Pública. Resoluciones: 2000-1669 de las 14:51 horas del 18/02/2000 y 9966-2010 de las 15:38 horas del 09/06/2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 132-1991 de las 15:00 del 14/08/1991 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00437 – 2022 de las 16:46 horas del 22/04/2022 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

31 Resolución 398-2001 de las 4:00 horas del 06/06/2001 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

32 Resolución 2013-8669 de las 09:05 horas del 28/06/2013 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

33 Artículo 109 de la Ley de Biodiversidad, 5 de la Ley de Cercas Divisoria y Quemadas, 41.1 del Código Procesal Civil y 113 del Código Procesal Agrario. Resolución 6380 de las 15:23 horas del 26 de junio de 2002 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 1469-2011 de las 9:00 horas del 30/11/2011 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección X. Resolución 106-2008 de las 3:30 horas del 13/02/2008 del Tribunal Agrario. Laudo arbitral del caso Aven y otros contra Costa Rica, (Caso UNCT/15/13) del 18 de setiembre del 2018 del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial.

integral del daño³⁴.

En Costa Rica una misma conducta puede ser regulada de diversas formas por el ordenamiento jurídico dando como resultado efectos jurídicos distintos, de tal manera que un mismo hecho puede generar una sanción administrativa, y a la vez, responsabilidades penales y civiles sin que ello conlleve una lesión al principio constitucional del *non bis in idem*³⁵. De esta forma, los mismos hechos pueden ser conocidos bajo las reglas propias de las distintas ramas del derecho, por procesos diferentes y ante distintos órganos jurisdiccionales, no implicando en ningún momento que la exoneración de responsabilidad en una vía, suponga que necesariamente se exima de responsabilidad en otra³⁶.

De esta forma, las obligaciones acumulativas y simultáneas de no hacer, hacer y pagar en el sistema de responsabilidad ambiental de Costa Rica acarrear el pago de las multas previamente establecidas por ley; la compensación patrimonial y extrapatrimonial colectiva derivada de la recomposición del ambiente, sus elementos y componentes al estado previo, siempre que sea técnicamente factible y la indemnización de los derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales violentados.

Ahora bien, a diferencia del caso brasileño analizado en la sección anterior³⁷, el sistema de responsabilidad

34 Artículos 50 y 41 de la Constitución Política, Artículo 12 Convenio de Minamata, Artículo 8 Convenio sobre la Diversidad Biológica, Artículo 6 Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicas persistentes, artículo 101 Ley Orgánica del Ambiente; 45, 53 y 54 de la Ley Biodiversidad, 151 de la Ley Aguas; 98 de la Ley de Conservación de Vida Silvestre; 52 de la Ley Uso, Manejo y Conservación de Suelos y 45 y 46 de la Ley de Gestión Integral de Residuos; 285 del Código Procesal Agrario. Resolución 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 00437-2022 de las 16:46 horas del 22/04/2022 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

35 Resoluciones: 16353-2006 de las 15:24 horas del 15/11/ 2006, 17178-2007 de las 15:31 horas del 27/11/2007 y 9690-2008 de las 10:15 horas del 13/06/2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

36 Resolución 19-2009 de las 11:59 horas del 13/02/2009 del Tribunal Contencioso Administrativo Sección X.

37 La jurisprudencia brasileña emanada del STJ ha venido desarrollando la figura de la plusvalía ecológica ilícita sustentada en los principios de su sistema de responsabilidad civil por daño ambiental, el cual, independientemente de que se trate de degradadores públicos o privados, presenta las siguientes características: es de carácter objetivo, solidario e ilimitado; se rige por los principios contaminador-pagador y reparación in integrum; prioriza la reparación in natura y el favor debilis; facilita el acceso a la justicia a través de una legitimación activa amplia y la inversión de la carga de la prueba a favor del ambiente; la reparación in integrum conlleva la responsabilidad por todos los efectos derivados de una conducta nociva,

ambiental costarricense aún no prevé expresamente, a nivel normativo ni jurisprudencial, la devolución a las arcas públicas del provecho obtenido por el agente infractor ya sea a través del cálculo de las multas o como parte de las valoraciones económicas de los daños ambientales dentro de los procesos administrativos ni jurisdiccionales de responsabilidad ambiental.

A pesar de ello, tal y como se desarrollará a continuación, utilizando una hermenéutica jurídica ambiental y tomando como base el estatus de bien común que ostenta el ambiente en Costa Rica, sería posible ecologizar una serie de valores, reglas, principios, institutos, mecanismos y normas jurídicas existentes, a fin de sustentar y justificar la aplicación de la figura de la plusvalía ecológica ilícita, sin que sea necesario una reforma legislativa habilitante.

4. **Hermenéutica ambiental**³⁸ **jurídica**

El ordenamiento jurídico es una unidad o sistema estructural y dinámico en el que coexisten y se articulan las distintas fuentes formales y materiales del Derecho³⁹. En su conjunto, las fuentes formales y materiales conforman el orden público, constituido por normas escritas tales como: Constitución Política, Tratados Internacionales y normas de la Comunidad

incluyendo, entre otros aspectos, el daño soportado por la sociedad, hasta que se produzca su completa reparación y recuperación absoluta in natura del bien lesionado, para lo cual se contemplan todas las dimensiones del daño ambiental: daño reversible, daño irreversible, daños provisionales, ganancias ilícitas obtenidas, daños morales colectivos y daños sociales.

38 Se recomienda al lector la obra de este mismo autor titulada "Derecho Ambiental Efectivo", que incluye artículos que desarrollan la hermenéutica jurídica ambiental y en los cuales está basada este apartado del presente artículo, tales como: Hacia una nueva hermenéutica ambiental, Aplicación de la regla de la norma más favorable en el derecho ambiental, Retroactividad de la normativa ambiental y Sentencias interpretativas en materia ambiental, disponible en: <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2015/09/derecho-ambiental-efectivo-1.pdf> (Consultado 21 de octubre de 2023).

39 "Las fuentes del Derecho se desdoblaron en dos tipos: las formales y las materiales. Las primeras se encuentran constituidas por el conjunto normativo del sistema; mientras que las materiales se dividen en: fuentes materiales de los hechos, subdivididas en los hechos puros y propios, donde se encuentran: a) la realidad ambiental en su más compleja relación con los fenómenos económicos, sociales, culturales, los hechos técnicos, y los hechos políticos, y b) fuentes materiales de los valores, constituidas por los valores de la materia, su filosofía, su axiología, ocupando un papel muy importante los derechos humanos de donde se nutre el ambiental". Zeledón Zeledón, Ricardo, (2012) Las sendas equívocas del derecho agroambiental y el derecho agroalimentario, por un derecho ambiental y un derecho alimentario.

Centroamericana, leyes y actos con valor de ley, decretos, reglamentos y normas subordinadas a los reglamentos; y por normas no escritas: costumbre, usos, jurisprudencia y principios generales del derecho⁴⁰.

Las fuentes materiales y las formales no escritas poseen una función informadora en la medida en que inspiran al legislador, sirviendo como base al ordenamiento jurídico; a la vez cumplen una función normativa, porque actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley; y además poseen una función interpretativa y delimitadora al operar como criterio orientador del juez o del intérprete a la hora de aplicar la norma a un caso concreto.

Tanto el Código Civil como la Ley General de Administración Pública le otorgan a las fuentes formales no escritas del ordenamiento jurídico funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas.

En el derecho privado, el uso y la costumbre rigen en defecto de ley aplicable, siempre que su existencia haya sido demostrada y no resulten contrarios a la moral o al orden público o a una norma de carácter prohibitivo. Por su parte, los principios generales del derecho se aplican en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico⁴¹.

La Ley General de la Administración Pública dispone que las fuentes no escritas llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan, y ostentan rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo, además, expresamente señala la prevalencia de las normas no escritas por sobre las escritas de rango inferior⁴².

Sobre la interpretación de las normas jurídicas, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el

40 Artículos 6 y 7 de la Ley General de Administración Pública y 1 del Código Civil.

41 Artículos 3 y 4 del Código Civil.

42 Artículo 7 de la Ley General de Administración Pública. // "No debe perderse de perspectiva que los Principios Generales del Derecho, tienen el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan, con lo que pueden asumir un rango constitucional si el precepto respecto del cual cumplen tales funciones tiene también esa jerarquía" Resolución 2011-6221 de las 10:53 horas del 13/05/2011 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

voto 2003-3481 de las 14:03 horas del 02 de mayo de 2003, expresó:

"La interpretación de las normas por parte de los operadores jurídicos no puede hacerse, única y exclusivamente, con fundamento en su tenor literal, puesto que para desentrañar, entender y comprender su verdadero sentido, significado y alcances, es preciso acudir a diversos instrumentos hermenéuticos tales como el finalista, el institucional, el sistemático y el histórico-evolutivo. Sobre este particular, el Título Preliminar del Código Civil, en su numeral 10, dispone que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas. Al interpretar una norma es preciso indagar su objetivo (ratio) o fin propuesto y supuesto, respecto del cual la norma tiene naturaleza instrumental -método teleológico-. El intérprete debe, asimismo, confrontarla, relacionarla y concordarla con el resto de las normas jurídicas que conforman en particular una institución jurídica -método institucional- y, en general, el ordenamiento jurídico -método sistemático-, puesto que, las normas no son compartimentos estancos y aislados sino que se encuentran conexas y coordinadas con otras, de forma explícita o implícita. Finalmente, es preciso tomar en consideración la realidad socioeconómica e histórica a la cual se aplica una norma jurídica, la cual es variable y mutable por su enorme dinamismo, de tal forma que debe ser aplicada para coyunturas históricas en constante mutación -método histórico-evolutivo-. Cuando de interpretar una norma jurídica se trata, el intérprete no puede utilizar uno solo de los métodos indicados, por no tener un carácter excluyente, sino que los mismos son diversos momentos o estadios imprescindibles del entero y trascendente acto interpretativo".

Ahora bien, la interpretación expansiva en el derecho ambiental adquiere especial relevancia al tratarse de un derecho humano que busca tutelar bienes jurídicos vitales y superiores (vida, salud y equilibrio de los

ecosistemas), cuyos destinatarios de protección lo son tanto las generaciones actuales y futuras y las demás especies y ecosistemas, así como al estatus de bienes comunes o colectivos que ostenta el ambiente, sus elementos y componentes; todo lo cual faculta ampliar los criterios clásicos de la hermenéutica jurídica⁴³, con el fin que las normas ambientales sean interpretadas de la manera más favorable y mejor puedan cumplir los fines sociales a los que se destinan - *ratio essendi* -⁴⁴, en aplicación del principio *in dubio pro natura*⁴⁵.

El carácter finalista, evolutivo y progresivo del derecho ambiental obligan al operador jurídico a buscar aquella interpretación que permita aplicar las normas para “proteger más y contaminar menos”, “aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación”, en cumplimiento del criterio del interés público ambiental⁴⁶.

El principio *in dubio pro natura* fue incluido en la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental⁴⁷, que al efecto dispone:

Principio 5. *In dubio pro natura.* *En caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio*

43 González Ballar, Rafael (2013). Reflexiones para la interpretación de la no regresión. En obra colectiva El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano. PNUD, disponible en: <https://maestriaderechoambientalucr.files.wordpress.com/2015/09/principio-de-no-regresic3b3n-ambiental-en-el-derecho-comparado-latinoamericano-1.pdf> (Consultado 16 de octubre de 2023).

44 En ese sentido, los incisos 1 y 2 del artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública disponen que la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular y que deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.

45 Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, sentencias: REsp 1198727 / MG, Recurso Especial 2010/0111349-9 del 14 de agosto de 2012 y REsp n. 1.367.923-RJ (2011/0086453-6) del 12 de setiembre de 2013.

46 Artículo 11.3 de la Ley de Biodiversidad: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.

47 UICN (2016) Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, 2016, disponible en: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_iucn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf (Consultado 16 de octubre de 2023).

ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos.

Mientras que su derivación en materia hídrica, el principio *in dubio pro aqua*, fue desarrollado en la Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia Hídrica suscrita durante el 8° Foro Mundial del Agua en 2018⁴⁸, el cual reza:

Principio 6. *In dubio pro aqua.* *En congruencia con el principio *In dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados*

El principio *in dubio pro natura*, ha encontrado respaldo y desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que en el voto 7548-2023 de las 12:40 horas del 29 de marzo de 2023, expuso:

*“En tal sentido, recordemos que el principio *in dubio pro ambiente*, implica que, en caso de incerteza, las controversias ambientales deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los ecosistemas”*

De esta forma, a la hora de interpretar normas ambientales todo operador jurídico debe tener siempre presente el principio *in dubio pro natura*, conforme al cual se deben evitar los riesgos, privilegiar los intereses colectivos generales sobre los particulares, favorecer la preservación del medio ambiente y en caso de duda debe preferirse la interpretación que en forma más amplia proteja el ambiente. No solamente en la duda proteger la naturaleza, sino que como un postulado directo y fundamental⁴⁹.

48 Disponible en: https://www.iucn.org/sites/default/files/2022-11/brasilia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf (Consultado 16 de octubre de 2023).

49 Documento “Principios Jurídicos Medioambientales para el desarrollo ecológicamente sostenible”, elaborado en el año 2018 durante la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Quito Ecuador

Como puede observarse, se trata de un mandato interpretativo general de la justicia ambiental, en el sentido de que en cualquier conflicto ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente⁵⁰ y el pleno goce y respeto de los derechos ambientales.

En ese sentido, el operador jurídico debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la garantía y disfrute de un ambiente sano, respecto de aquella que lo suspenda, limite o restrinja⁵¹, siendo entonces aplicable la regla de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental.

La aplicación del principio *in dubio pro natura* no depende de que haya peligro de daño grave o irreversible -como sucede con el principio precautorio-, sino que implica una regla general de comportamiento, para la relación del Estado -y la sociedad en general- con el medio ambiente, aplicable a todos los ámbitos de decisiones en que exista un riesgo de afectación al medio ambiente, y que obliga a evitar optar por aquellas conductas que puedan causar daño al medio ambiente, cuando existan otras opciones⁵².

A la vez, los consolidados principios ambientales de prevención, precaución, contaminador-pagador, reparación integral, junto con el instituto de la función ecológica del ejercicio de los derechos, desarrollados ampliamente por la jurisprudencia constitucional, también obligan a interpretar las normas ambientales de conformidad con su finalidad esencial. Mientras que los principios de progresividad y no regresión implican

por parte de la Comisión Iberoamericana de Justicia Medioambiental en conjunto con el Instituto Judicial Global del Ambiente, la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los embajadores de Buena Voluntad de la Organización de Estados Americanos. Este documento ha sido citado en resoluciones emitidas por la Sala Tercera (voto 437-2022 del 22 de abril de 2022) y Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (resolución 912-2023 del 21 de junio de 2023). Disponible en: https://ambiental.poder-judicial.go.cr/images/Documentos/OT_52146_Libro_Principios_Juridicos_Medioambientales_para_un_Desarrollo_Ecologicamente_Sostenible.pdf (Consultado 16 de octubre de 2023).

50 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, resolución del 09 de febrero de 2022, amparo en revisión 54/2021, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx> (consultado el 16 de octubre de 2023).

51 Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, sentencia C-449/15 del 16 de julio de 2015, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/C-449-15.htm> (Consultado 16 de octubre de 2023)

52 Nota del magistrado Rueda Leal al voto 7548-2023 de las 12:40 horas del 29 de marzo de 2023 de la Sala Constitucional.

para el operador jurídico, interpretar y aplicar la normativa ambiental al amparo de las reglas unívocas de la ciencia y técnica de conformidad con el principio constitucional de objetivación de la tutela ambiental o de tutela científica.

Cabe destacar que en los últimos años y como respuesta por parte del derecho a los desafíos propios de la era del Antropoceno y la triple crisis planetaria, los principios ambientales han adquirido una relevancia superlativa en el derecho y la jurisprudencia comparada, en la medida que cada vez es más común su utilización, ya no solo en sus funciones de interpretación, integración y delimitación de las fuentes escritas, sino también para resolver casos concretos, llegando incluso a convertirse, en algunos sistemas, en verdaderos parámetros de constitucionalidad y convencionalidad.

A este cambio en la forma de resolver los conflictos jurisdiccionales ambientales, aplicando directamente los principios rectores ambientales, la doctrina lo ha denominado *jurisprudencia de principios*. Para algunos sistemas jurídicos de la región latinoamericana este cambio es reciente, en otros, como en los casos de Costa Rica y Colombia, sus cortes han venido utilizando los principios ambientales, desde hace varias décadas, para realizar controles de constitucionalidad y resolver conflictos ambientales.

De esta forma, a través de las reglas de la hermenéutica jurídica ambiental, es posible integrar, conjunta y sinérgicamente, los principios generales del derecho con los principios ambientales, bajo un enfoque de ecologización del derecho propio del Estado de Derecho Ambiental, con el fin de habilitar al operador jurídico la utilización de la figura de la plusvalía ecológica, lo cual se ve potenciado por el estatus jurídico del ambiente, tal y como se analizará a continuación.

5. Bienes comunes ambientales⁵³

La jurisprudencia del STJ de Brasil, que ha venido desarrollando y dándole contenido a la figura de la plusvalía ecológica ilícita, parte del hecho de que su sistema jurídico y específicamente, su Constitución Política⁵⁴, otorgan al ambiente, el estatus jurídico de bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida⁵⁵.

En ese sentido, al igual que en el caso brasileño, en Costa Rica, el ambiente⁵⁶, sus elementos y componentes (aire, agua, suelo, flora y fauna silvestre, biodiversidad, paisaje, etc.) poseen estatus de bienes jurídicos comunes o colectivos y se encuentran afectados a favor

53 Se sugiere al lector el artículo de este mismo autor titulado "Estatus jurídico del ambiente en Costa Rica", en el que está basada el presente apartado, disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0a70f66c3c69bd3a255320a870438ce6> (Consultado 21 de octubre de 2023).

54 Artículo 225 de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil: Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

55 "La acumulación de la obligación de hacer, no hacer y pagar no configura bis in idem, por cuanto la indemnización no es por el daño específicamente ya reparado, sino por sus efectos remanentes, reflejos o transitorios, destacándose la privación temporaria de goce del bien de uso común del pueblo, hasta su efectiva y completa recomposición, así como el retorno al patrimonio público de los beneficios económicos ilegalmente obtenidos". Superior Tribunal de Justicia, REsp n. 1.367.923-RJ (2011/0086453-6) del 12 de setiembre de 2013.

56 "Se define como ambiente el sistema constituido por los diferentes elementos naturales que lo integran y sus interacciones e interrelaciones con el ser humano." Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ambiente. // El "ambiente" objeto del derecho fundamental, no es la suma o yuxtaposición de recursos, más bien se refiere a las interrelaciones y equilibrios, a la idea de sistema. La ecología como ciencia nos enseña que la naturaleza debe ser concebida como un sistema. La naturaleza consiste en las relaciones de los organismos con el mundo exterior en la lucha por su existencia. En lugar determinado se da una biocenosis (vida común) o comunidad de vida, que involucra un cierto número de especies e individuos que se influyen mutuamente. Lo que la caracteriza es su nivel de integración que hace que tengan su propia forma de regulación, toda modificación de uno de los factores determinantes de esta provocará modificaciones en los otros, esto puede suceder por razones naturales o por la intervención del hombre. Así que en la comunidad se da un cierto orden que trae un resultado beneficioso para cada especie, porque genera la productividad y estabilidad máxima del conjunto. Como todo sistema se caracteriza no solo por la interacción entre sus elementos, sino también porque produce un resultado global o general relativo a todo el sistema: su propia existencia, que es lo que podemos llamar equilibrio dinámico, comprendido dentro del concepto de "equilibrio" que exige la Constitución. Existe una conexión umbilical entre la vida y el ambiente hasta el extremo de constituir un único sistema. La vida depende del ambiente, por tanto, debe velar para que esas condiciones que garantizan la vida se mantengan en el tiempo; para ello, la Constitución exige que las medidas de cualquier índole deben desarrollarse de manera que respeten las leyes naturales que informan los ecosistemas independientemente del modelo de desarrollo que se adopte ..." Sentencia 2019-17397 de las 12:54 horas del 11/09/2019 de la Sala Constitucional.

de las generaciones presentes y futuras⁵⁷, así como de las demás especies y ecosistemas⁵⁸.

Al respecto, la Ley Orgánica del Ambiente⁵⁹ expresamente le otorga el estatus de patrimonio común de los habitantes de la Nación; mientras que la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁶⁰ le asigna la categoría de bien común.

Un bien es común o colectivo, de acuerdo con Verbic⁶¹, cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Los bienes comunes, tal y como lo expone Esain⁶², no necesitan ser bienes del Estado, de dominio público o privado, porque lo importante radica en la satisfacción de intereses de relevancia colectiva respecto de los que los ciudadanos son titulares simultáneamente, desde que pertenecen al ente social que es el que detenta el interés aglutinado. Por ello, tanto el Estado como los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenible, porque son de utilidad pública e interés social⁶³.

El ambiente es un bien jurídico del más alto rango, tutelado como derecho humano a nivel constitucional⁶⁴,

57 Artículos 2 incisos c) y e) y 4 inciso b) de la Ley Orgánica del Ambiente 7554 del 04 de octubre de 1995 y artículos 9.4 y 11.3 de la Ley de Biodiversidad 7788 del 27 de mayo de 1998.

58 Artículos 9.1 y 11.3 de la Ley de Biodiversidad 7788 del 27 de mayo de 1998; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 y sentencia Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs Argentina del 6 de febrero de 2020; resolución 24807-2021 de las 09:20 horas del 05/11/2021 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y 1754-2021 de las 14:06 horas del 12/10/2021 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

59 Artículo 2 inciso a) Ley Orgánica del Ambiente: "El ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación, con las excepciones que establezcan la Constitución Política, los convenios internacionales y las leyes. El Estado y los particulares deben participar en su conservación y utilización sostenibles, que son de utilidad pública e interés social".

60 Resolución 675-2007 de las 10:00 horas del 21/09/2007: "... El ambiente está conformado por aquellos recursos y sistemas naturales primarios de los que depende la existencia y el normal funcionamiento de la naturaleza en su conjunto, y que jurídicamente tienen la categoría de bienes comunes (aire, agua y suelo, componentes abióticos) y ecosistemas, flora y fauna (componentes bióticos) e incluso bellezas naturales, en cuanto portadores de ecosistemas que se pretendan conservar (paisaje) y culturales (herencia cultural) ...".

61 Verbic, F. (2007) Procesos colectivos. Editorial Astrea. Buenos Aires.

62 Esain, J. (2022) Configuración Jurídica de la Ley General del Ambiente en el sistema de fuentes argentino. Diario Jurídico La Ley, 22 de noviembre de 2022, edición de aniversario de La Ley General del Ambiente, primera parte, Argentina.

63 Artículo 2.a) de la Ley Orgánica del Ambiente.

64 Artículos 21, 46, 50 y 89 de la Constitución Política.

interamericano⁶⁵ y universal⁶⁶; básico e indispensable para el mantenimiento de la vida y de los procesos ecológicos esenciales⁶⁷.

Se trata de bienes meritorios de importancia decisiva y estratégica para el desarrollo del país e indispensables para el uso doméstico, económico, social, cultural y estético de sus habitantes⁶⁸. Además, poseen un valor intrínseco, independientemente del importe económico, actual o potencial⁶⁹; y son receptados como intereses jurídicos en sí mismos⁷⁰.

A raíz del tratamiento privilegiado otorgado por el orden público, existe una prioridad absoluta de prevención del daño por sobre su reparación⁷¹; y en casos de conflictos o colisiones, estos gozan de precedencia respecto a otros intereses, bienes o valores jurídicos, incluyendo aquellos de índole económico⁷².

El ordenamiento jurídico regula su conservación y uso sostenible, así como la distribución de forma justa de sus beneficios y costos derivados⁷³, a efectos de garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos⁷⁴.

Se trata, además, de un interés supraindividual de carácter difuso. En ese sentido, la Sala Constitucional

de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución 15449-2021 de las 09:20 horas del 07 de julio de 2021, expuso:

“Esta Sala ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de “difusos”, tales como: el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros. Al respecto, deben ser efectuadas dos precisiones: por un lado, los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren, en principio, a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta; un daño ambiental no afecta apenas a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la Humanidad”.

El hecho de que el ambiente forme parte de los intereses supraindividuales conlleva que su defensa y protección puede ser ejercida por cualquier persona - legitimación activa amplia - en sede jurisdiccional y/o administrativa, invocando el derecho humano autónomo - con connotaciones individuales y colectivas - a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que a diferencia de otros derechos humanos, protege al ambiente y sus componentes como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales⁷⁵.

Algunos bienes comunes ambientales forman parte del régimen de dominio público⁷⁶, por ende, se encuentran

65 Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

66 Organización de Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, Resolución A/HRC/48/L.23 del 08 de octubre de 2021 y Asamblea General, Resolución A/76/300 del 28 de julio de 2022.

67 Artículos 49, 51, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad.

68 Artículo 9.2 de la Ley de Biodiversidad.

69 Artículo 9.1 de Ley de Biodiversidad.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 -párrafo 62- y sentencia Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs Argentina del 6 de febrero de 2020 -párrafo 203. // Resoluciones: 24807-2021 de las 09:20 horas del 05/11/2021, 19076-2021 de las 12:20 horas del 25/08/2021, 15449-2021 de las 09:20 horas del 07/07/2021 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y resoluciones 1754-2021 de las 14:06 horas del 12/10/2021 y 912-2023 de las 9:34 horas del 21/06/2023 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

71 Artículo 4.c de la Ley Orgánica del Ambiente y 11 incisos 1 y 2 de la Ley de Biodiversidad.

72 Resoluciones 1887-1995 de las 09:15 horas del 07/04/1995, 6322-2003 de las 14:14 horas del 03/07/2003 y 2019-17397 de las 12:54 horas del 11/09/2019 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

73 Artículos 1, 2 y 4 de la Ley Orgánica del Ambiente y 2 y 9.4 de la Ley de Biodiversidad.

74 Artículo 11.3 de la Ley de Biodiversidad.

75 Artículo 50 constitucional, 105 de la Ley de Biodiversidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017 -párrafo 62- y sentencia Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs Argentina del 6 de febrero de 2020 -párrafo 203-.

76 Integran el régimen de dominio público ambiental: el patrimonio natural del Estado (artículo 13 de la Ley Forestal); las áreas silvestres protegidas estatales (artículo 37 de la Ley Orgánica del Ambiente y 60 de la Ley de Biodiversidad); recurso hídrico (artículo 50 constitucional y 50 de la Ley Orgánica del Ambiente); mar territorial, plataforma continental, zócalo insular y el espacio aéreo (artículo 6 constitucional); zona marítimo terrestre (artículo 3 de la Ley de Aguas y 1 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre); los recursos marino y costeros (artículo 39 de la Ley Orgánica del Ambiente); ríos y sus cauces (artículos 1 y 2 de la Ley de Aguas); tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio y la zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas

fuera del comercio de los hombres y son inalienables, imprescriptibles e inembargables⁷⁷; mientras que otros, integran el régimen de dominio privado⁷⁸, encontrándose sujetos a la función ambiental de la propiedad inmueble⁷⁹, a la prohibición de abuso de derecho y del ejercicio antisocial de este⁸⁰ y a la responsabilidad *propter rem*⁸¹.

Respecto a los bienes ambientales que integran el régimen del dominio público, la custodia estatal implica la obligación de preservarlos, conservarlos, restaurarlos y administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa⁸²; en relación con los bienes ambientales en régimen de dominio privado, la de regular y fiscalizar su uso y goce, así como la de velar por su conservación, aprovechamiento sostenible y restauración⁸³.

Tratándose de bienes ambientales dentro del régimen de dominio privado, en virtud de las obligaciones inherentes a la función ecológica de la propiedad inmueble⁸⁴, los propietarios, ocupantes y usuarios deben mantener las funciones ecológicas esenciales asociadas a los recursos naturales y abstenerse de realizar actividades que puedan perjudicar tales funciones, así como restaurar, recuperar y rehabilitar los ecosistemas, especies y servicios ecosistémicos⁸⁵.

aguas (artículo 31 inciso a) de la Ley de Aguas); propiedades bioquímicas y genéticas de la biodiversidad (artículo 6 de la Ley de Biodiversidad y 46 de la Ley Orgánica del Ambiente); flora y fauna silvestre (artículo 47 de la Ley Orgánica del Ambiente y 3 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre); aire (artículo 49 de la Ley Orgánica del Ambiente); yacimientos de carbón, fuentes y depósitos de petróleo, sustancias hidrocarbурadas y depósitos de minerales radioactivos (artículo 121 inciso 14 b) de la Constitución Política); recursos mineros (artículo 1 del Código de Minería); entre otros.

77 Artículos 261, 262 y 263 del Código Civil.

78 Los recursos forestales (artículo 19 de la Ley Forestal), humedales (artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente), suelos (artículo 3 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos) y las áreas de protección del recurso hídrico (artículo 33 de la Ley Forestal), siempre que se encuentren ubicados dentro de terrenos inscritos a nombre de particulares, forman parte del régimen privado ambiental; lo mismo que las áreas silvestres protegidas privadas y la porción privada de las áreas silvestres protegidas mixtas (artículo 60 de la Ley de Biodiversidad).

79 Artículos 45 y 50 constitucionales y 8 de la Ley de Biodiversidad; resoluciones: 5893-1995 de las 09:48 horas del 27/10/1995, 16629-2012 de las 16:31 horas del 28/11/2012, entre otras, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

80 Artículos 21 y 22 del Código Civil.

81 Resolución 2013-8669 de las 09:05 horas del 28/06/2013 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

82 Artículos 1, 2 y 4 de la Ley Orgánica del Ambiente, 2 y 9.4 de la Ley de Biodiversidad.

83 Artículos 49, 51, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad.

84 Artículos 45 y 50 constitucionales y 8 de la Ley de Biodiversidad; resoluciones: 5893-1995 de las 09:48 horas del 27/10/1995, 16629-2012 de las 16:31 horas del 28/11/2012, entre otras, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

85 Artículos 49, 51, 53 y 54 de la Ley de Biodiversidad.

El régimen de dominio público, cuando así está expresamente establecido, permite el aprovechamiento sostenible de ciertos bienes comunes ambientales a favor de particulares, de forma temporal y sujeto a causales de caducidad, extinción y revocación, a través de las figuras administrativas de la concesión y permisos de uso; por su parte, el régimen de dominio privado faculta el aprovechamiento racional por parte del propietario, ocupante o usuario del inmueble donde se encuentren los bienes ambientales, bajo estándares de protección ambiental preestablecidos y por medio de actos administrativos habilitadores, tales como autorizaciones y licencias⁸⁶.

Cabe destacar que la distinción entre el régimen de dominio público y de dominio privado también tiene repercusiones procesales en materia de competencias jurisdiccionales⁸⁷, ya que, sin perjuicio de las competencias constitucionales y penales, mientras no exista una jurisdicción ambiental especializada, toda controversia en materia ambiental debe dilucidarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo aquellos conflictos entre particulares donde no medie acto administrativo ni del dominio público, los cuales son de conocimiento de la jurisdicción agraria.

De esta forma, en virtud de que el ambiente en Costa Rica posee estatus conjunto de bien común, derecho humano e interés de incidencia colectiva, su conservación y utilización sostenible es de utilidad pública e interés social, por ello, el lucro económico obtenido indebidamente por un agente generador de daños ambientales en detrimento de la colectividad, constituiría un abuso del derecho y del ejercicio antisocial de este y un enriquecimiento sin causa, que justificaría su restitución en favor de la sociedad, a través del erario público, tal y como se desarrollará en la siguiente sección.

86 Ley General de Administración Pública y Ley General de Contratación Pública.

87 Artículo 108 de la Ley de Biodiversidad; 2.4 y 282 del Código Procesal Agrario).

6. Valores, reglas, principios y derechos que habilitan la aplicación de la figura de la plusvalía ecológica ilícita

El ordenamiento jurídico costarricense se encuentra cimentado de una serie de valores, reglas y principios, receptados a nivel constitucional, convencional y legal, que a la vez, sustentan el sistema general de responsabilidad y la correspondiente obligación de íntegra reparación del daño.

Dentro de estos destacan la justicia, la igualdad, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, la confianza legítima, la equidad, así como las prohibiciones de abuso de derecho y de su ejercicio antisocial, enriquecimiento sin causa y fraude de ley, todos ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, que no solo fungen como condicionantes para el ejercicio de cualquier derecho⁸⁸, especialmente aquellos de carácter económico, sino también como criterios a los cuales debe acudir en aquellos casos en que los remedios específicos previstos por el derecho general no sean suficientes para lograr el resultado de justicia que se persigue⁸⁹.

En un primer orden de ideas, es de vital importancia recalcar que la obligación de reparación integral de los daños, incluyendo los daños ambientales, deriva directamente de la Constitución Política, de cuyos artículos 41 y 49 se desprenden el derecho humano a la tutela judicial efectiva y a la justicia pronta, cumplida y sin denegación. En ese sentido, refiriéndose a la posibilidad de aplicar el instituto de la indexación no convencional sin norma expresa habilitante, *mutatis mutandis* situación similar a lo que sucede con la plusvalía ecológica ilícita, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución 1016-2004 de las 9:30 horas del 26 de noviembre del 2004, dispuso lo siguiente:

“Ante ello es preciso recordar que en varios antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, por unanimidad en unos, por mayoría en otros, se

88 Resolución 106-1992 de las 14:55 horas del 08/07/1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

89 Opinión Jurídica 165-J del 11 de octubre de 2021, Procuraduría General de la República.

ha declarado la improcedente indexación extra-convencional en virtud de la inexistencia de una norma legal que así lo disponga. Se ha dicho que “la indexación es viable siempre que sea convencional, es decir, cuando medie acuerdo expreso, no así ante la ausencia de pacto entre las partes, porque no existe norma legal que lo autorice”. (Sentencias N° 57 de las 11 horas del 24 de julio de 1989, 75 de las 16 horas del 13 de mayo de 1992, 49 de las 15 horas del 19 de mayo de 1995, 947 de las 10 horas del 22 de diciembre del 2000, 518 de las 11 horas del veintiocho de agosto del 2003). Empero, luego de una profunda y concienzuda reflexión, se llega al convencimiento de que el referido instituto (indexación no convencional), sí cabe en determinados supuestos obligacionales en que la parte con derecho así lo requiera, todo ello por aplicación directa de la Constitución Política. En efecto, no se requiere de norma legal alguna para el reconocimiento de una pretensión indexatoria, cuando por principio general de Derecho y por Constitución, se establece la obligada y plena reparación de los daños y perjuicios irrogados a quien figura como acreedor o lesionado. Si los principios generales del Derecho permean e irradian la totalidad del Ordenamiento Jurídico, y si dentro de ellos destaca la íntegra reparación del daño; el equilibrio en las contraprestaciones establecidas; la prohibición al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto es claro que existe asidero suficiente para reconocer la actualización de lo debido a la fecha efectiva de su pago. Lo contrario, implica infracción al fin último de la juricidad, representado, ni más ni menos, que por la Justicia. En este sentido, es preciso retomar el ajustado análisis e interpretación de la norma fundamental cuando expresamente establece que ‘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 hacerles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes’ (artículo 41). Habrá de observarse que se dispone la reparación debida de los daños, mandato que va más allá de la simple indemnización de aquéllos. Reparar implica restituir, reponer en lo posible el estado de cosas lesionado a su situación

anterior dentro del contexto y valor presente. De esta manera, no se repara sino se repone la suma o el bien debido que corresponde conforme a su valor actual y real establecido a su fecha de pago. La negativa a ello implica cohonestar el pago en cantidad insuficiente, con enriquecimiento injusto y abuso del derecho de quien figura como deudor. Su reconocimiento deriva de la simple y adecuada proyección del derecho constitucional a una justicia cumplida y sin denegación, que el mismo precepto declara con absoluta energía y claridad. No hay justicia cumplida y efectiva sin restitución plena de lo debido. De modo que, si la Constitución obliga al acreedor o lesionado a recurrir a los mecanismos que el propio Ordenamiento Jurídico establece para obtener lo que corresponda (así ha interpretado la propia Sala Constitucional la expresión 'ocurriendo a las leyes'. Sentencias 1979-96 y 5224-94), deberá procurarse que tales instrumentos (administrativos y jurisdiccionales) así lo dispongan. Es por ello, que la Constitución Política por virtud de los artículos 41 y 49, contempla como derecho fundamental, la tutela judicial efectiva, según lo ha pregonado la unívoca y diáfana jurisprudencia de la Sala Constitucional. Y si esto es así, como en efecto lo es, no cabe más que afirmar la infracción flagrante de tan elemental principio cuando no se protege o tutela de manera efectiva, eficaz y completa a quien con derecho reclama. El reconocimiento de la indexación extra-convencional viene además exigido por el derecho de igualdad, en tanto se reconoce este extremo, aún de manera oficiosa, para ciertos ámbitos de la Administración Pública. Su reconocimiento privilegiado para ciertas facetas del quehacer público, con exclusión de otras, infringiría, sin duda, el numeral 33 de la Constitución Política. Ante una misma situación, la misma solución".

Como puede observarse, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, a través de una interpretación sistemática, finalista y evolutiva, justifica la aplicación de la figura de la indexación no convencional sin norma expresa habilitante, basada en los artículos 33, 41 y 49 constitucionales y de los principios generales del derecho de íntegra reparación del daño, equilibrio en las contraprestaciones establecidas, prohibición al abuso del derecho y enriquecimiento sin causa.

Al respecto, los artículos 20, 21 y 22 del Código Civil disponen:

ARTÍCULO 20.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

ARTÍCULO 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

ARTÍCULO 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

El hecho de que estos tres artículos que normativizan los principios generales de: buena fe, prohibición de abuso de derecho y su ejercicio antisocial y fraude de ley, se encuentren dentro del capítulo sobre la Eficacia General de las Normas del Título Preliminar del Código Civil, acarrea su aplicación transversal al resto del Código Civil y sobre otras normas especiales que regulan las relaciones entre privados y de estos con la Administración Pública⁹⁰, irradiando la totalidad del espectro jurídico⁹¹, independientemente que se trate de derecho público o privado.

Respecto al principio de buena fe, la Procuraduría General de la República (PGR) en los Dictámenes: 309 del 11 de noviembre de 2021 y 33 del 18 de febrero de 2016, expuso que significa realizar una acción o acto jurídico de acuerdo con las exigencias morales y éticas que rigen el sistema normativo de una comunidad; es decir, que las acciones de una persona estén en línea con lo que la sociedad considera un acto honrado y leal. De esta forma, este principio establece el deber de

90 Dictamen N° C-033-2016 del 18 de febrero del 2016, Procuraduría General de la República.

91 Resolución 001016.2004 de las 9:30 horas del 26/11/2004 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

actuar acorde a esas exigencias morales a la hora de ejercitar un derecho o cumplir con un deber.

La PGR recalca que, al ser un principio general, su ámbito de aplicación es el ordenamiento jurídico al completo y su aplicación es imperativa, es decir, no debe ser probada y se presume en tanto no se declare judicialmente su inexistencia. También expone que la doctrina mayoritaria aboga por entender el principio de buena fe de forma unitaria y orientada al análisis de la propia acción más que de la intención, en línea con lo que dice el propio Código Civil en su artículo 21⁹².

Por su parte, la confianza legítima presupone que la Administración haya determinada el comportamiento del administrado, de manera que este pueda presumir, con base en la conducta de aquella, la legitimidad de la suya⁹³. Este principio exige que el sujeto beneficiado con la conducta administrativa esté convencido de que su actuar es legalmente posible, convencimiento que, irremediamente, debe provenir de conductas administrativas que, inequívocamente, generaron este⁹⁴. Ahora bien, la inobservancia de este principio tiene consecuencias resarcitorias para el ente público, si con ello se frustran expectativas legítimas y derechos subjetivos, sin acudir a los medios establecidos (doctrina de los numerales 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública)⁹⁵.

De la mano con los principios generales de buena fe y confianza legítima se encuentra la teoría del abuso de derecho y de su ejercicio antisocial que, conforme a la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia⁹⁶: *“nace para atenuar el individualismo a ultranza que imperaba en el campo jurídico, y alcanzar así una concepción más transpersonalista, donde se toma conciencia del carácter social del derecho y de su papel como instrumento al servicio de los intereses de la comunidad, fomentador de las relaciones de*

cooperación social, por lo que cualquier persona que haga un ejercicio abusivo y antisocial de un derecho debe resarcir a quien sufra una lesión antijurídica”.

En la resolución 53-1998 del 27 de mayo de 1998, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia desarrolló el rol de la teoría del abuso del derecho dentro del régimen de responsabilidad por hecho ilícito, así como su carácter inhibitorio, preventivo e indemnizatorio, en ese sentido expuso:

“El acto abusivo debe reputarse como especie del género de los actos ilícitos, tal y como ya se indicó; no puede pensarse que el legislador, al introducir el título preliminar, revolucionara el sistema tradicional de las fuentes de las obligaciones, estableciendo de manera subrepticia una nueva causal generadora de las relaciones obligatorias. En consecuencia, el acto abusivo es una de las varias situaciones que puede presentarse en relación a la responsabilidad por hecho ilícito. Para lo anterior, según ya se acotó, debe tenerse en consideración no un concepto formal de ilicitud (lo contrario a la ley) sino material donde la ilicitud no se agote en la estrechez de la ley escrita y comprenda nociones amplias tales como el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe y la equidad (v. artículos 28 de la Constitución Política, 11, 21, 631, inciso 2, del Código Civil), es decir, no puede identificarse ilicitud con ilegalidad. Acto ilícito no es sólo el que contraría la ley (en sentido formal o material) sino también aquél que estando de consuno con la ley quebranta un principio de carácter superior y difuso subyacente en la base del ordenamiento jurídico. Tal interpretación, de índole sistemática, permite integrar el artículo 22 dentro del régimen general de la responsabilidad emergente del delito o cuasidelito civil, manteniéndose así su integridad y armonía; de esa manera habrá acto abusivo cuando formalmente se actúa de manera lícita, pero sustancialmente ilícita, y le sea subjetivamente imputable ese comportamiento al titular del derecho. El acto abusivo se especifica en relación a los actos ilícitos, al ser realizado en ejercicio de un derecho pero sobrepasando sus límites normales. En conclusión, el abuso en el ejercicio de los derechos se enmarca dentro de la teoría general de la responsabilidad

92 Dictámenes 309 del 11 de noviembre de 2021 y 33 del 18 de febrero de 2016.

93 Resolución 93-F-SI-2011 de las 9:05 horas del 03/02/2011 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

94 Dictamen C-10-2017 del 19 de enero de 2017 de la Procuraduría General de la República.

95 Resolución 330-2005 del 22 de julio del 2005, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

96 Resolución 106-1992 de las 14:15 horas del 04/12/1992 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. También puede consultarse Resolución 15269-2007 de las 12:51 horas de 19/10/2007 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

civil, y se somete a sus principios generales. Las consecuencias jurídicas del abuso de un derecho son el deber de indemnizar los daños causados, y cuando proceda, la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso, por eso en nuestro derecho la sanción del abuso no se reduce al resarcimiento del daño, sino que comprende las medidas impeditivas de su persistencia (cesación de los efectos del abuso). Por último, conviene precisar como la responsabilidad derivada del abuso en el ejercicio de un derecho es de carácter excepcional, pues en tesis de principio, el ejercicio normal, funcional y correcto del derecho es la regla, por eso la carga de la prueba corre a cargo de quien alega la desviación”.

A la vez, el abuso y uso antisocial del derecho puede generar un enriquecimiento sin causa, conducta prohibida por el ordenamiento jurídico de acuerdo con la máxima de que nadie debe enriquecerse injustamente con perjuicio ajeno - *nemo debet lucupletari ex aliena jactura*-.

La Sección IV del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, mediante resolución 21-2012 de las 16:00 horas del 17 de febrero del 2012, definió el contenido del principio de enriquecimiento sin causa y las condiciones para que opere, en ese sentido indicó:

“En este marco y en lo que aquí interesa, puede señalarse el principio de enriquecimiento sin causa, como uno de tales principios que permea el ordenamiento jurídico y que en virtud del cual, todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y en general toda atribución, para ser lícita debe fundarse en una causa o en una razón de ser que el ordenamiento jurídico considera justa. Cuando una atribución no está fundada es una causa justa, el que ha recibido debe restituir, correlativamente el que se ha empobrecido tiene acción para reclamar lo pagado. La doctrina enseña que el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho, según el cual nadie puede enriquecerse con daño o detrimento de otro y que si ello ocurre, el enriquecido debe restituir. Se ha señalado que las condiciones para que opere el enriquecimiento

sin causa requiere de al menos tres elementos: La adquisición de una ventaja patrimonial en favor del demandado y el correlativo empobrecimiento del actor, la conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento y evidentemente la falta de causa que justifique el enriquecimiento”.

Los valores, reglas y principios generales del derecho antes expuestos, a la luz de los postulados del paradigma ambiental, demandan un nuevo enfoque interpretativo potenciado por los principios ambientales *in dubio pro natura*, progresividad y no regresión, tutela científica, preventivo, precautorio, contaminador-pagador y de reparación integral, entre otros.

De acuerdo con Lorenzetti y Lorenzetti⁹⁷: “el paradigma ambiental actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos. Se persigue bajo estas premisas una coordinación en el funcionamiento entre los sistemas económico, social y natural y una comunicabilidad de los principios entre el Derecho Público y el Privado. Todo ello, con el objeto de abordar conflictos que suelen surgir en la esfera social, la cual contempla los bienes públicos y aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En estos casos los derechos subjetivos son interpretados de modo tal que no conspiran contra la integridad de tales bienes. En la relación entre derecho de propiedad y medio ambiente debe reconocerse una «función ambiental», en virtud de que la multiplicidad de derechos individuales de los propietarios debe coordinarse orientándose en la preservación del bien colectivo. El paradigma ambiental concibe a la naturaleza como un bien colectivo, escaso o en situación de peligro y está dispuesto a limitar los derechos individuales. Se produce bajo este enfoque una modificación en la noción de Estado de Derecho. El Estado de Derecho Ambiental incorpora la variable colectiva y la tutela de los bienes comunes como un eje central de las políticas públicas. Por su parte, los instrumentos jurídicos también son sometidos a revisión y se «medioambientalizan» institutos tales

⁹⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, Lorenzetti, Pablo (2019). Principios e instituciones de derecho ambiental, Editorial La Ley, Buenos Aires.

como la teoría de los bienes, la responsabilidad civil y el proceso, entre otros. Se pretende colocar a los sistemas legales en sintonía con las reglas de la naturaleza a los efectos de lograr una mayor implementación del Derecho Ambiental”.

El Estado de Derecho Ambiental⁹⁸ se postula como el medio idóneo para alcanzar el fin superior de conservación y uso racional, sostenible, equitativo y solidario de los bienes y servicios ambientales; asegurando, a la vez, la tutela del resto de los derechos humanos, con el objetivo máximo de satisfacer el interés público ambiental.

El criterio clásico del interés público⁹⁹, considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados y apreciable tomando en cuenta los valores de la seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, debe ser repensado en virtud del nuevo paradigma ambiental propio del Estado de Derecho Ambiental.

Así lo entendió el legislador costarricense, cuando al promulgar la Ley de Biodiversidad en 1998, plasmó en su artículo 11 el criterio especial del interés público ambiental, disponiendo lo siguiente: *“Son criterios para aplicar esta ley; (...) 3. Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la*

98 El Estado de Derecho en materia ambiental es el marco jurídico de derechos y obligaciones sustantivos y procesales que incorpora los principios del desarrollo ecológicamente sostenible en el Estado de Derecho. El fortalecimiento del Estado de Derecho Ambiental constituye la clave para la protección, conservación y restauración de la integridad ambiental. Sin él, la gobernanza ambiental y el cumplimiento de los derechos y obligaciones podrían tornarse arbitrarios, subjetivos e impredecibles. UICN. Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, 2016, disponible en: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf (Consultado 19 de octubre de 2023) // El Estado de Derecho Ambiental se basa en elementos clave de la buena gobernanza, entre ellos: el respeto a los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible; medidas para asegurar el cumplimiento efectivo de leyes, reglamentos y políticas, incluyendo una adecuada aplicación del derecho penal, civil y administrativo, la responsabilidad por daños ambientales y mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias; así como reglas eficaces sobre el acceso equitativo a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia. BID/WJP, Indicadores de Gobernanza Ambiental para América Latina y el Caribe, 2020, disponible en: <https://publications.iadb.org/es/indicadores-de-gobernanza-ambiental-para-america-latina-y-el-caribe> (Consultado 19 de octubre de 2023).

99 Artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica.

conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de calidad de vida de los ciudadanos”.

Tal y como lo sostiene González Ballar¹⁰⁰, el criterio del interés público ambiental se constituye en un principio general del derecho ambiental, prioritario, que trasciende las fronteras para constituirse en un valor universal y que en la escala de valores, se tendría que imponer sobre los demás previstos en la misma Constitución Política¹⁰¹ por estar referido al equilibrio de los ecosistemas de los cuales depende la vida del hombre y de los demás seres con los que se comparte el planeta.

Se trata entonces de un valor jurídico superior que impregna la totalidad del espectro jurídico, que persigue regular la conducta del hombre para lograr el equilibrio de los ecosistemas como fundamento necesario para que cualquier grupo, la humanidad en general y el planeta sobrevivan a la era del Antropoceno, así como para lograr un desarrollo justo e inclusivo a nivel nacional y global y que, al tomar la forma de un principio general del derecho, ecologiza la interpretación, integración y delimitación del sistema jurídico como tal.

Ahora bien, el paradigma ambiental, el Estado de Derecho Ambiental y el criterio del interés público ambiental, vía hermenéutica jurídica, justificarían la aplicación en el sistema de responsabilidad de Costa Rica de la figura de la plusvalía ecológica ilícita.

En un primer orden de ideas, el sistema de responsabilidad ambiental costarricense está sustentado en normas de rango constitucional, convencional, legal e infralegal, así como en fuentes no escritas, especialmente en principios generales del derecho y principios ambientales.

En ese sentido, el artículo 50 constitucional, además de reconocer el derecho humano al ambiente sano y ecológicamente equilibrado, otorga legitimación activa amplia a toda persona, tanto para denunciar actos

100 González Ballar, Rafael (2001) Temas de Derecho Ambiental, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, p. 55 y 56.

101 Resoluciones 1887-1995 de las 09:15 horas del 07/04/1995, 6322-2003 de las 14:14 horas del 03/07/2003 y 2019-17397 de las 12:54 horas del 11/09/2019 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

que lo infrinjan, como para reclamar la reparación del daño causado, delegando al legislador ordinario la determinación de las responsabilidades y sanciones correspondientes.

Como puede observarse, existe una clara y precisa obligación de rango constitucional de reparación del daño ambiental, la cual debe interpretarse de manera conjunta y sinérgica con la garantía de tutela judicial efectiva y restitución plena que otorgan los artículos 41 y 49 de la Constitución Política, que legitiman al lesionado - toda persona en representación de la colectividad - a recurrir a los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece (administrativos y jurisdiccionales) para obtener lo que corresponda - reparación integral ambiental -¹⁰².

Acorde con la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de la Sala Primera, la garantía constitucional de restitución plena conlleva la obligación de reparación integral, que a la vez, implica restituir, reponer en lo posible el estado de las cosas lesionado a su situación anterior dentro del contexto y valor presente, mandato que, a todas luces, excede la simple indemnización de daños.

Tratándose el medio ambiente de un bien común del más alto rango; un derecho humano tutelado a nivel constitucional, interamericano y universal y un interés supraindividual, la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y restitución plena debe materializarse a través de la reparación integral ambiental, generando con ello, bajo el principio ambiental contaminador-pagador, obligaciones acumulativas y simultáneas de no hacer, hacer y pagar, que conllevan el pago de sanciones y multas previamente establecidas por ley; la compensación patrimonial y extrapatrimonial colectiva derivada de la recomposición del ambiente -daño ambiental colectivo-; la indemnización de los derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales violentados - daño ambiental individual -; así como la devolución a las arcas públicas del provecho o ventaja obtenida.

Y es que, aun ante la ausencia de norma expresa habilitante, deben explorarse todas aquellas fuentes

102 Resolución 1016-2004 de las 9:30 horas del 26/11/2004 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

escritas y no escritas dentro del Estado de Derecho Ambiental, que sustentadas en el fin último de justicia, facultarían la aplicación de la figura de la plusvalía ecológica ilícita como garantía de tutela judicial efectiva y restitución plena ambiental.

Bajo el orden constitucional y de los principios ambientales, en especial: *in dubio pro natura*, contaminador-pagador, reparación integral, propio del Estado de derecho ambiental; el ejercicio de todos los derechos sin distinción y situaciones jurídicas, así como el cumplimiento de cualquier deber, está sujeto a un actuar conforme a las exigencias del principio de la buena fe¹⁰³ -ética ambiental-¹⁰⁴, la confianza legítima, el criterio del interés público ambiental y del instituto de la función ecológica, evitando otorgar cualquier tipo de ventaja o aumento patrimonial a favor de quienes amenacen o produzcan lesiones sobre los bienes comunes ambientales.

El ejercicio de derechos, al igual que el cumplimiento de deberes, en detrimento del medio ambiente en su triple carácter de bien común, derecho humano e interés supraindividual, constituye un abuso del derecho contra el ambiente, específicamente, un eco-abuso del derecho, tal y como lo denomina Sozzo¹⁰⁵, y que Cafferatta¹⁰⁶ considera un aporte significativo para la defensa del ambiente, toda vez que se levanta como una cláusula moralizadora y teleológica del derecho individual, al mismo tiempo que fortalece la idea objetiva, de la función socio-ambiental de los derechos subjetivos y de la propiedad, en el marco del Estado de derecho ambiental.

Se está ante un eco-abuso del derecho cuando el ejercicio de un derecho sobrepasa los límites normales

103 Artículo 27 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

104 "En ese sentido, cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostiene en la OC 23/17 Colombia, y en sentencia del 02/04/2020, en la causa iniciada por la comunidad indígena Lhaka Honhat contra la Argentina, que el derecho ambiental es un interés universal, un derecho fundamental para la existencia, sobrevivencia o supervivencia de la humanidad". Cafferatta, Néstor (2021) El ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente, Revista Jurisprudencia Argentina, 2021-1, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

105 Sozzo, Gonzalo C. (2019) El eco-abuso de derecho cinco años después. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral, p. 23. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/NuevaEpoca/article/view/9584> (Consultado 21 de octubre de 2023).

106 Cafferatta, Néstor (2021) op. cit.

dados por el orden público, la moral, las buenas costumbres, la buena fe y la equidad, violentando los fines del ordenamiento jurídico, en detrimento de los bienes comunes ambientales y de los derechos de las generaciones actuales y futuras.

En ese sentido, Cafferatta¹⁰⁷ expresa que la actitud del abusador del medio ambiente es un comportamiento egoísta, contrario a la solidaridad, cooperación y la paz, que son los valores básicos del derecho ambiental.

En virtud de la teoría del eco-abuso del derecho, la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente u otros intereses de incidencia colectiva. Este principio parte de la función socioambiental de los derechos y de su rol al servicio de los intereses de la colectividad, por ello, los derechos estrictamente individuales deben ser interpretados y aplicados de modo tal que no conspiran contra la integridad de los derechos y bienes colectivos ambientales.

La teoría del eco-abuso del derecho aplicada a la responsabilidad por daño ambiental genera tres tipos de efectos: inhibitorios, preventivos e indemnizatorios.

Las consecuencias jurídicas del eco-abuso de un derecho, en conjunción con la garantía constitucional de tutela judicial efectiva y restitución plena ambiental, son el deber de indemnizar los daños ambientales patrimoniales y extrapatrimoniales causados y la adopción de las medidas judiciales o administrativas de prevención y precaución que impidan su persistencia -cesación de los efectos del eco-abuso-.

Cabe resaltar que, si bien la jurisprudencia¹⁰⁸ ha sostenido que la responsabilidad derivada del abuso en el ejercicio de un derecho es de carácter excepcional, ya que en tesis de principio, el ejercicio normal, funcional y correcto del derecho es la regla y la carga de la prueba del abuso corre en quien alega la desviación, ello muta tratándose de la responsabilidad por daño ambiental, donde la regla es la responsabilidad por hecho lícito e ilícito y la inversión de la carga probatoria recae en quien se le acuse de haber ocasionado un daño ambiental.

Por último, el deber de restituir el provecho obtenido en favor de la hacienda pública como resultado del aprovechamiento indebido de los bienes comunes ambientales es, ni más ni menos, la consecuencia jurídica del principio general de enriquecimiento sin causa – nadie debe enriquecerse injustamente con perjuicio ajeno - aplicado a la responsabilidad por daño ambiental, donde el perjuicio ajeno recae en las generaciones presentes, futuras y los sistemas ecológicos¹⁰⁹.

107 Cafferatta, Néstor (2021) op. cit.

108 Resolución 53-1998 del 27 de mayo de 1998, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

109 "Deber de respeto en "el otro" (no dañar al otro), que consideramos hoy abarca no solo la persona, el ser humano (sujeto de derecho, el hombre, la persona física o de existencia real), sino también el grupo, la colectividad, la humanidad y los otros seres vivientes (animales, no humanos), asimismo, dentro de estos "nuevos otros", que plantea inteligentemente Federico De Lorenzo, el otro, son las generaciones futuras, comunidades indígenas, los vulnerables, marginales, los sectores más pobres de la sociedad o los "parias ambientales" como los llamara Antonio H. Benjamín (35), en un memorable fallo del STJ Brasil, olvidados, excluidos de este mundo o invisibles, discriminados sociales, —ahora refugiados ambientales— de la "sociedad líquida" (Bauman) o de la "sociedad del riesgo" (Beck) del siglo XXI". Cafferatta, Néstor (2021), op. cit.

7. Conclusiones

El Estado de Derecho Ambiental costarricense cuenta con una serie de fuentes escritas y no escritas que, sustentadas en el fin último de justicia, el paradigma ambiental y el criterio del interés público ambiental, interpretadas a la luz de las reglas de la hermenéutica jurídica ambiental y bajo un enfoque de ecologización del derecho, facultan al operador jurídico la aplicación de la figura de la plusvalía ecológica ilícita en los procesos administrativos y jurisdiccionales de responsabilidad por daño ambiental, aún en ausencia de norma específica habilitante, conforme a la máxima jurídica del *nemo debet lucupletari ex aliena jactura*- nadie debe enriquecerse injustamente con perjuicio ajeno.

Es posible concluir que en el sistema de responsabilidad ambiental de Costa Rica quien contamina debe pagar, recomponer, indemnizar y devolver el provecho obtenido.

8. Bibliografía

Cafferatta, Néstor (2021) El ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente. Revista Jurisprudencia Argentina, 2021-1, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Cafferatta, Néstor (2023) Abuso del derecho con afectación ambiental. Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Cafferatta, Néstor (2023) Principios del derecho (en el Derecho Ambiental), RC D 533/2023, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

De Souza Miranda, Marcos Paulo (2019) Danos ao patrimônio cultural obrigam ressarcimento de lucros ilícitos obtidos. Conjur, 16 de noviembre de 2019.

De Souza Miranda, Marcos Paulo (2019) Danos ao patrimônio cultural obrigam ressarcimento de lucros ilícitos obtidos, Conjur, 16 de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/ambiente-juridico-danos-patrimonio-cultural-obrigam-ressarcimento-lucro-ilicito> (Consultado 14 de octubre de 2023).

Esain, José. (2022) Configuración Jurídica de la Ley General del Ambiente en el sistema de fuentes argentino. Diario Jurídico La Ley, 22 de noviembre de 2022, edición de aniversario de La Ley General del Ambiente, primera parte, Buenos Aires.

González Ballar, Rafael (2013). Reflexiones para la interpretación de la no regresión, en Peña Chacón, Mario (coordinador) El Principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Falbo, Aníbal (2023) Los derechos colectivos ambientales y el daño ambiental. Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

González Ballar, Rafael. y Peña Chacón, Mario. (2015) El proceso ambiental en Costa Rica. Editorial Isolma S.A, primera edición, 2015.

González Ballar, Rafael (2001) Temas de Derecho Ambiental. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, San José.

Guanziroli, Julián Enrique (2012) Reflexiones sobre la posibilidad de introducir la figura de los daños punitivos en el derecho ambiental argentino. Medio Ambiente y Derecho, Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 23, julio 2012.

Leite, José Rubens Morato; Ayala, Patryck de Araújo (2014) Danos ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Lorenzetti, Ricardo Luis, Lorenzetti, Pablo (2019) Principios e instituciones de derecho ambiental. Editorial La Ley, Buenos Aires.

Mata Coto, Carlos (2016) La confianza legítima. Revista Judicial, número 119, junio 2016, San José.

Peña Chacón, Mario (2023) Lecturas sobre justicia ecológica. Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, primera edición, San José, Costa Rica.

Peña Chacón, Mario (2016) Derecho ambiental efectivo. Programa de Posgrado en Derecho, Universidad de Costa Rica, primera edición, San José, Costa Rica.

Peña Chacón, Mario (2022) Estatus jurídico del ambiente en Costa Rica. Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 43, agosto 2022, Argentina.

Peña Chacón, Mario (2018) Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos: delimitaciones y alcances en materia ambiental. Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Volumen X, 2018.

Peña Chacón, Mario (2023) Criterios para determinar el carácter significativo del daño ambiental. Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Peña Chacón, Mario (2021) Actos administrativos habilitadores en el nuevo paradigma ambiental. Revista de Derecho Ambiental, número 68, octubre-diciembre 2021, Thomson Reuters, Buenos Aires.

Peña Chacón, Mario (2013) Responsabilidad ambiental derivada de las relaciones de vecindad. Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, número 10, noviembre 2013.

Peña Chacón, Mario (2021) Ecologización de los derechos humanos en la jurisprudencia constitucional costarricense. Medio Ambiente & Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental de la Universidad de Sevilla, número 38-39. diciembre 2021.

Peña Chacón, Mario (2019) Justicia Ecológica del siglo XXI, en Peña Chacón, Mario (editor) El Derecho Ambiental del Siglo XXI, Editorial Isolma, San José.

Sozzo, Gonzalo C. (2019) El eco-abuso de derecho cinco años después. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral, Argentina.

Sozzo, Gonzalo C. (2023) El daño a la naturaleza en la era del Antropoceno: lecciones de la ola de la codificación ecológica. Revista de Derecho de Daños, 2022-3, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

Verbic, Francisco. (2007) Procesos colectivos. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Zeledón Zeledón, Ricardo, (2012) Las sendas equívocas del derecho agroambiental y el derecho agroalimentario, por un derecho ambiental y un derecho alimentario, inédito, San José, Costa Rica.

Estudios de
**Colaboradora
Internacional**



A más de 30 años de la irrupción de la Auditoría General de la Nación de Argentina



Fabiana Schafrik¹

Sumario

- 1 Introducción
- 2 Recorrido Normativo y Nueva Ley Reglamentaria Pendiente
- 3 El Momento del Control
- 4 Circuito de Responsabilidad
- 5 Pedido de Documentación
- 6 Publicidad de los Dictámenes
- 7 Seguimiento y Cumplimiento de los Dictámenes
- 8 La Legitimación Procesal Activa: una Herramienta para la Defensa de los Derechos
- 9 Por un Control de Mejora de la Administración
- 10 Conclusión

¹ Abogada (UBA), Especialista en Derecho Tributario (UBA) y Doctora en Derecho con orientación en Derecho Constitucional (UBA). Jueza de la Sala I de la CCATyRC de la CABA. Ex- Consejera del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora Titular de Cátedra por concurso en la asignatura "Finanzas Públicas y Derecho Tributario" de la Facultad de Derecho de la UBA, profesora de la Maestría en Derecho Tributario y Financiero de la Facultad de Derecho de la UBA, y docente en otras Universidades del país. Autora de trabajos sobre derecho público.



Resumen

Este trabajo analiza la evolución de la Auditoría General de la Nación (AGN) en Argentina, desde su creación en 1992 hasta la actualidad. Se examinan los cambios en la concepción del control, el recorrido normativo y la necesidad de una nueva ley reglamentaria. Se discuten las ventajas y desventajas del control posterior, la importancia de la publicidad de los dictámenes y el seguimiento de las recomendaciones. Se destaca la necesidad de dotar a la AGN de herramientas para un control más efectivo, como la legitimación procesal activa. Finalmente, se reflexiona sobre los desafíos pendientes para fortalecer la institución y avanzar hacia un Estado más transparente y democrático.

Palabras clave: auditoría gubernamental, responsabilidad, control posterior, publicidad, legitimación procesal activa.

1. Introducción

La creación de la Auditoría General de la Nación por la ley 24156 (que se dio en llamar “Ley de Administración Financiera y de los sistemas de control del Sector Público Nacional”) implicó un cambio en la concepción del control en nuestro escenario federal con una arraigada tradición de Tribunales de Cuentas.

La idea del control, donde la verificación esté seguida del examen de responsabilidad por parte de un tribunal administrativo -con independencia funcional- con facultades jurisdiccionales sujetas a control judicial, fue desplazada por la creación de una entidad en la órbita del Congreso de la Nación, que tiene a su cargo el ejercicio de la auditoría gubernamental. En este último tipo de control, el examen de responsabilidad deja de ser una competencia de la Entidad Fiscalizadora para pasar a ser ejercida, en los diferentes aspectos en los que puede desplegarse esa responsabilidad por otros órganos del Estado.

Durante el trámite legislativo del proyecto de ley que derivó en la sanción de la Ley de Administración Financiera y Sistemas de Control de la República

Argentina², se intuye la búsqueda por incorporar una visión distinta de control; ello puede observarse a partir de las diferentes ideas que se barajaron hasta llegar al modelo de control escogido. En efecto, en el proyecto de ley de administración financiera elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional el nombre que se le iba a dar al organismo de control externo era el de Contraloría General de la Nación; que fue posteriormente modificado por el primer dictamen de mayoría de la Cámara de Diputados de la Nación, por el de Auditoría General de la Nación; luego, el proyecto sancionado por la Cámara baja denominó al organismo Auditoría y Contraloría General de la Nación. Fue en ocasión del tratamiento del proyecto de ley en la Cámara de Senadores de la Nación que se cambió su denominación por la de Auditoría General de la Nación (Schafrik, 2012)³.

2. Recorrido Normativo y Nueva Ley Reglamentaria Pendiente

Al momento de la configuración de la entidad en el capítulo I del Título VII de la ley 24156, se dispuso que “Su estructura orgánica, sus normas básicas internas, la distribución de funciones y sus reglas básicas de funcionamiento serán establecidas por resoluciones conjuntas de las Comisiones Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, por vez primera” (artículo 116, tercer párrafo).

Un año más tarde, se incorporó a la Entidad Fiscalizadora al texto de la Constitución Nacional, en ocasión de la reforma ocurrida en el año 1994.

La inclusión de la Auditoría General de la Nación en la reforma parcial de la Constitución nacional de 1994 le dio al organismo un mayor arraigo institucional, en atención a la dificultad que implica lograr los consensos para llevar adelante una reforma constitucional que proponga la eliminación o modificación de una entidad de tales características, en atención a la rigidez del procedimiento que la Ley Fundamental prevé a tales efectos, que es también atravesada por la prolongación

2 Publicada en el Boletín Oficial el 29 de octubre de 1992.

3 SCHAFRİK, Fabiana, “La creación de la Auditoría General de la Nación y su incidencia en el mejoramiento del control externo del presupuesto”, Eudeba, año 2012. ISBN 9789502319957.

en el tiempo de los debates. Esta rigidez tiene como correlato, un mayor resguardo en el ejercicio de sus funciones.

En el año 1994, fue la primera vez que la Constitución regula al órgano de control nacional, sumándose de este modo al reconocimiento constitucional que muchas provincias, desde mucho tiempo atrás, ya habían hecho de sus organismos de control externo presupuestario. Sin embargo, la incorporación en el texto Constitucional, no se dio exactamente con el mismo alcance que previera la ley de creación de la entidad, lo que dio lugar a novedades, como ser que su Presidente debe ser propuesto por el partido de la oposición con mayor número de legisladores en el Congreso Nacional, o, posibles colisiones con la redacción del texto legal, como ser la que se produce entre la atribución que le da la ley 24156 para extender el control público a los entes privatizados en el cumplimiento de sus contratos y la letra de la norma constitucional que señala que el control abarca el "sector público", para luego agregar que tendrá "...las demás funciones que la ley le otorgue...", lo que permitió sumar la extensión del control reconocida por aquella ley.

El artículo 85 de la Constitución nacional refiere que, "Este organismo (...) se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara (...)

Esta ley complementaria a la que alude la Ley Fundamental no se ha sancionado al día de hoy, cumpliéndose más de tres décadas de la omisión legislativa. Más allá de la existencia de normas básicas dictadas por la propia entidad, la omisión legislativa va en detrimento de una de las ideas fuerza que inspiró a la reforma constitucional, que fue el fortalecimiento del rol del Congreso Nacional, al no haber sentado las bases del funcionamiento de la entidad que se encuentra en su propia órbita.

Los años de experiencia de la entidad serían una oportunidad para que esta reforma sea pensada a partir de la visión del propio organismo de control.

La idea de recrear un nuevo equilibrio entre los órganos de poder del Estado en un sistema con una

historia de importante gravitación presidencialista, fue, como se dijera, uno de los ejes de la reforma de la Ley Fundamental. La falta de sanción de la legislación específica, va en detrimento de la relevancia institucional que se le ha otorgado al organismo en la reforma. A lo largo de los años, pudo apreciarse cómo el ejercicio de sus funciones tuvieron mucho que ver con la impronta de la conformación de cada colegio de auditores. Más allá del esfuerzo de las personalidades que han transitado el organismo para optimizar su funcionamiento sería mejor perpetuar en la letra de la ley, sus cometidos. El control así, dejaría de depender, en cierto modo, de las personas, para que ellas puedan dedicarse a cumplir los cometidos otorgados a la institución por la normativa que lo rige⁴.

3. El Momento del Control

Una de las críticas exteriorizadas al tiempo de la discusión de la ley 24156 para justificar el cambio de modelo del Tribunal de Cuentas que ejercía un control previo, fue calificar esa intervención previa del órgano de control como una suerte de "co-gestión" en los actos del gobierno; también se dijo que "demoraba la marcha de la gestión del poder administrador", y, que se trataba de un modelo de control "obsoleto"; en otro orden de ideas se señaló que el control previo "vedaba" al órgano de control que intervino previamente de verificar posteriormente cualquier irregularidad, puesto que su intervención previa lo convertía en una suerte de "cómplice" de aquella.

La ley 24.156 eligió como momento en que desarrollaría su actividad, el posterior. Esta elección – que en oportunidad de su consagración legislativa se consideró acorde con los tiempos modernos– también ha sido criticada últimamente. Se ha llegado a señalar que la Auditoría tiene que auditar "en tiempo real", porque "los informes de auditoría envejecían antes de ser tomados en cuenta" y que la tarea de los auditores no debería ser una "autopsia" (Despouy, 2002)⁵.

4 Tendríamos una visión parcializada del tema, si no consideráramos, en este contexto, el esfuerzo de quienes trabajan día a día en los distintos órganos de control poniendo a disposición de la sociedad sus mejores esfuerzos.

5 Palabras de Leandro DESPOUY a modo de síntesis de las Jornadas sobre El Control Público en la República Argentina, organizadas por la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas de la Administración Nacional y la Auditoría General de la Nación. Auspiciada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Buenos Aires 3, 4 y 5 de diciembre de 2002

Sin embargo, la reforma constitucional, no hace ninguna referencia al momento en el que el control operará, circunstancia que permite, más allá que la naturaleza del control parlamentario se vincula al control posterior, incorporar otros momentos de intervención del organismo para enriquecer el contralor.

Hay otro aspecto importante a tener en cuenta sobre el alcance de 'control posterior' a raíz de la reforma constitucional, que es tiene que ver con la introducción de la cláusula que vincula a la primera oposición en el Congreso nacional, la presidencia del organismo. Ello tiene dos consecuencias prácticas que no pueden ser desoídas, la primera es que la actividad a auditar tendrá que ver con el gobierno que en ese momento es oposición, es decir, el control posterior de los actos del gobierno opositor al Presidente de la Nación; la segunda, además, al estar constituido el organismo por siete miembros, sin que la ley otorgue un voto doble al Presidente del órgano de control, resulta importante que la mayoría de los miembros del colegio de Auditores hayan sido propuestos por el partido opositor con mayor número de representantes en el Congreso.

Ajustar la presidencia de la Entidad a los cambios de la gestión política, ha producido, en la práctica, una cierta disociación de los plazos fijados por la ley 24156 para la duración de los mandatos de los Auditores, cuando comenzó a aplicarse la norma constitucional.

Si bien, tal como se adelantó, es de la naturaleza de la auditoría gubernamental la realización del control ex post, es importante reiterar que la Constitución nacional no fija ningún momento para el ejercicio del control; ello hace que sea perfectamente viable conjugar el control posterior con otros controles que colaboren en pos de una gestión más eficiente.

No se debe olvidar que durante el tratamiento de la incorporación del órgano de control en la Constitución, durante el debate se discutió sobre la posibilidad que la ley complementaria de la reforma atendiera al control previo para situaciones de gran trascendencia, ya sea por su magnitud económica o por su impacto social⁶.

(Referencia en SCHAFRIK, Fabiana, "La creación de la Auditoría General de la Nación y su incidencia en el mejoramiento del control externo del presupuesto", Eudeba, año 2012, p. 232).

6 Al respecto se sugiere la lectura de: BAUM Daniel, 21ª Reunión – 3ª

En las "Primeras Jornadas sobre organismos de control en Argentina"⁷ la entonces diputada nacional Marcela Rodríguez señaló que existía un proyecto de ley que incorporaba el control previo para actos de gran significación económica. El ejercicio de esta intervención, de reeditarse eventualmente, en un nuevo proyecto, su inclusión, debe tener un plazo de caducidad para que la Entidad Fiscalizadora lo lleve a cabo para no entorpecer la gestión de gobierno; esa atribución puede canalizarse como una suerte de "observación" de los actos con la consecuente posibilidad para el Poder Ejecutivo, de proseguir, bajo su responsabilidad, con su ejecución. Además, sería prudente fijar unidades fijas para los denominados "actos de gravitación económica" que eviten la desvalorización por la inflación de los actos que ameriten la intervención⁸ de la entidad de control. Esta intervención no podría nunca resignar la atribución de ejercer el control posterior de los actos.

Sesión ordinaria (continuación), del 1º de agosto de 1994: tratamiento por la Comisión de Redacción del Núcleo de Coincidencias Básicas, "Diario de Sesiones de la Convención Constituyente", pp. 2578/2581 <http://infoleg.mecon.gov.ar>

7 Desarrolladas el 6 de junio de 2006 en la Cámara de Diputados de la Nación con el auspicio de la AGN y la Oficina Anticorrupción.

8 Expediente 0659-D-2006, T.P. 11, proyecto de las Diputadas RODRIGUEZ Marcela y CARRIO Elisa María Avelina. El texto del proyecto disponía: "ARTÍCULO 15º.- Sustitúyese el artículo 117 de la Ley N° 24.156, por el siguiente: Artículo 117. Es materia de su competencia el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal y de gestión, así como el dictamen sobre los estados contables financieros de la administración central, organismos descentralizados, empresas y sociedades del Estado, entes reguladores de servicios públicos, fondos fiduciarios del sector público y los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización, en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos. Asimismo, la Auditoría General de la Nación ejercerá un control previo y concomitante sobre los contratos u otro tipo de operaciones que impliquen erogaciones o transferencia de fondos presupuestarios o extrapresupuestarios que sean superiores a los quinientos mil pesos (\$ 500.000). A tales efectos, será requisito esencial la Resolución del Colegio de Auditores que deberá ser dictada dentro de los 15 días de remitido el expediente con el proyecto de acto administrativo. En caso de formularse observaciones, se suspenderá el trámite de aprobación del acto. El responsable de la entidad o jurisdicción podrá optar por cumplir con las observaciones formuladas, o remitir los antecedentes para que el Poder Ejecutivo Nacional autorice bajo su responsabilidad la suscripción del acto observado. El control de la gestión de los funcionarios referidos en el Art. 45 de la Constitución Nacional será siempre global y ejercida, exclusivamente, por las Cámaras del Congreso de la Nación. El control externo previo y concomitante, de conformidad con la modalidad prevista en la presente ley, y posterior del Congreso de la Nación será ejercido por la Auditoría General de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura de la Nación, la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación dispondrán, dentro de sus respectivas jurisdicciones, sobre la modalidad y alcances de la puesta en práctica del sistema instituido en esta ley con relación al Poder Judicial de la Nación y al Ministerio Público". A los efectos del control externo previo, concomitante y posterior, acordarán la intervención de la Auditoría General de la Nación, quien deberá prestar su colaboración."

Una reflexión a agregar es que cada modelo de control tiene sus ventajas y sus desventajas, pues no existe un modelo que resulte infalible en esta materia. Puede observarse en el derecho comparado, cómo las distintas Entidades Fiscalizadoras de los diferentes países han desarrollado herramientas alternativas o adicionales para reforzar o preservar sus atribuciones de control en la medida que la actividad administrativa o gestión de fondos públicos, fue cambiando.

Durante el gobierno de Javier Milei se aprobó la ley 27742, dada en llamar “Ley bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos”, que en los artículos 13 y 14 prevé el control concomitante y posterior (con delimitación temporal) del órgano de control en el proceso de privatización que describe la norma⁹.

Un punto siempre conflictivo es el último año de gestión de cualquier gobierno, en especial, si se puede intuir un cambio en su signo político. Ello abre el espacio a reflexionar sobre las bondades de introducir pautas que limiten el gasto u ordene el tipo de gasto que no quepa realizarse en el último año de gestión de cualquier gobiernos; ello, unido a otro concepto fundamental, que sería el pacto de continuidad por parte de los gobiernos que sucedan de la ejecución de políticas públicas troncales que resulten nobles de ser mantenidas en la comunidad.

Respecto a la adopción de reglas fiscales a nivel mundial en las últimas dos décadas, se ha experimentado un gran crecimiento alrededor del mundo: mientras que en 1990 sólo tenían vigencia en seis países, en 2015 se implementaron en 91 países. América Latina y el Caribe (ALC) no se ha mantenido al margen de estas tendencias de reformas a los marcos fiscales basadas en reglas. Desde comienzos de 2000, los países de la región comenzaron a adoptar reglas fiscales de

diversa índole y en la actualidad ya existen 14 países que cuentan con algún tipo de regla fiscal (Banco Interamericano de Desarrollo, 2019, p. 17)¹⁰.

Respecto a las cuestiones referidas a años de elecciones, pueden señalarse el caso de Perú en donde se incluyeron una serie de reglas de contención del gasto público en esos momentos, con límites al gasto del gobierno general y del gobierno nacional en los primeros siete meses del último año de gestión y restricciones a la aprobación de medidas que incrementen erogaciones estipuladas en la ley anual de presupuesto; y en Panamá la cual contiene una cláusula para controlar los gastos excesivos en el año electoral por la cual se prohíbe a todas las entidades públicas (incluidos los municipios) a que, durante los últimos seis meses de mandato de un gobierno, contraigan obligaciones que no tengan suficiente asignación presupuestaria y que no puedan ser pagadas en el mismo período fiscal, como tampoco se les permite comprometer más del 50% del presupuesto anual de operaciones, excluidos los intereses de la deuda, en dicho período preelectoral (CEPAL, 2022, p. 51 y 58)¹¹.

En relación a la República Argentina, el Régimen Federal de Responsabilidad Fiscal y buenas Prácticas del Gobierno, aprobado por la Ley Nacional n° 25.917¹² y modificatorias, se estableció una limitación aplicable a los dos últimos trimestres del año del fin de mandato¹³.

10 BID, Reglas fiscales resilientes en América Latina, Alberto Barreix, Luis F. Corrales, editores, 2019, p. 17. Puede consultarse en: https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/viewer/Reglas_fiscales_resilientes_en_Am%C3%A9rica_Latina_es.pdf

11 En Perú surge del Decreto Legislativo 1.276 de 2016 estableció el Marco de Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público No Financiero y en Panamá de la Ley de Responsabilidad Social Fiscal. CEPAL, O. Cetrángolo, D. Morán y F. Calligaro, “El futuro de las reglas fiscales en América Latina y el Caribe: respuestas de los países ante la pandemia de COVID-19 y propuestas para su reformulación”, Documentos de Proyectos (LC/TS.2022/189), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2022. Puede consultarse en: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/aaf273db-d1a8-4c59-b15f-a972113d1ff8/content>

12 Sancionada en el año 2004.

13 Art. 15 bis. ARTÍCULO 12.- Incorporase como artículo 15 bis de la ley 25.917, el siguiente:

Artículo 15 bis: Adicionalmente a lo dispuesto en la presente ley, durante los dos (2) últimos trimestres del año de fin de mandato, no se podrán realizar incrementos del gasto corriente de carácter permanente, exceptuando:

a) Los que trasciendan la gestión de Gobierno, que sean definidos en ese carácter normativamente, y deban ser atendidos de manera específica; y
b) Aquellos cuya causa originante exista con anterioridad al periodo indicado y su cumplimiento sea obligatorio.

Durante ese período, estará prohibida cualquier disposición legal o administrativa excepcional que implique la donación o venta de activos fijos.

A los efectos de la aplicación del presente artículo, se entenderá por

9 Se recuerda que con la sanción de la ley 26412, de 2008 que se comprometió a “... garantizar el servicio público de transporte aerocomercial de pasajeros, correo y carga, el Estado Nacional procediendo al rescate de las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas - Cielos del Sur S.A. y de sus empresas controladas” se dispuso en el artículo 11 la intervención de la Auditoría General de la Nación. En ese momento, la falta de cumplimiento de esa intervención dio lugar a la acción iniciada por el diputado Adrián Perez y otros legisladores, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo federal N°4, a cargo de Rita María Ailán, ordenó a los funcionarios del Gobierno abstenerse de aprobar los balances de Aerolíneas Argentinas y Austral hasta tanto la Auditoría General de la Nación pueda realizar el contralor estipulado por la ley. Puede consultarse al respecto: <https://elauditor.info/noticias/aprueban-balance-de-aerolineas-a59c2f20b0041ac58e313e432>

4. Circuito de Responsabilidad

Sería deseable debatir sobre la necesidad de dejar expresamente sentado o no, en un futuro diseño legislativo, el modo en que se considerará cerrado el circuito de responsabilidad una vez aprobado por el Colegio de Auditores los informes del órgano de control, para evitar que el control se desvanezca, porque el control que no es seguido de un examen de responsabilidad, debilita al órgano controlante.

Otra opción es dejar que el examen de responsabilidad se manifieste espontáneamente a través de las instituciones vigentes; aunque ello implique el funcionamiento simultáneo de distintos controles de forma inconexa.

La sensación es que el control seguido de un análisis oportuno de responsabilidad, no ha logrado consolidarse. En el marco normativo actual, no se aclara quién es el órgano encargado de llevar adelante el examen de responsabilidad posterior dependiendo del tipo de responsabilidad que corresponda revisar.

En ocasión de la discusión legislativa de la ley 24156, se discutió mucho la posibilidad de dotar a la Auditoría de legitimación procesal activa para instar, como entidad, procesos judiciales, sin embargo, sobre la base de fundamentaciones que considero pueden ser salvables, esa idea no se concretó. Sí, en el constitucionalismo provincial, luego de 1994, las provincias que han adoptado el sistema de auditoría gubernamental han otorgado legitimación procesal activa al organismo¹⁴.

El control y la responsabilidad son dos caras de una misma moneda. Para que el control sea efectivo, es necesario que exista un circuito de control que permita detectar las irregularidades, sancionar a los responsables y reparar el daño causado. Este circuito debe estar integrado por diferentes actores institucionales, cada uno con roles y responsabilidades específicas.

incrementos del gasto corriente de carácter permanente, a aquellos gastos que se prolonguen por más de seis (6) meses y que no se encuentren fundados en situaciones de emergencia de tipo social o desastre natural.

14 Como ser, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Constitución de la Provincia de Salta.

Un concepto importante para reafirmar en nuestra cultura es el de la rendición de cuentas como un principio fundamental de la democracia. Los funcionarios públicos tienen la obligación de informar, dar cuentas sobre su gestión y de justificar el uso de los recursos públicos. La rendición de cuentas no es un mero trámite burocrático, sino un ejercicio de transparencia y responsabilidad que fortalece la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

5. Pedido de Documentación

Tal como se adelantara, el artículo 119 inciso b) de la ley 24.156 dispone que la AGN puede exigir la colaboración de todas las entidades del sector público, que están obligadas a suministrar datos; sin embargo, la norma no prevé en este punto ninguna consecuencia ante la falta de colaboración del organismo auditado en la entrega de la documentación. La solución a este entuerto se dio de forma pretoriana, por parte del Poder Judicial. En efecto, en una serie de fallos se reconoció la legitimación procesal de la AGN para requerir documentación a los organismos auditados para posibilitar la realización de su trabajo¹⁵. Obsérvese,

15 En el precedente "Auditoría General de la Nación c/EN - M. de Planificación -ST s/amparo por mora" que tramitó en el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, Secretaría 21, le fue reconocida legitimación activa para actuar en juicio al mentado órgano de control para requerir información pública solicitada a la demandada en el marco de una auditoría prevista en su programación anual. En el mes de abril de 2011 la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo Federal, en autos "AGN c/EN -SIGEN (dto. 1172/03) s/amparo por mora" se expidió en una causa instada por la Auditoría General de la Nación tendiente a que la Sindicatura General de la Nación le remitiera la totalidad de los informes emitidos durante el ejercicio 2009, respecto de los organismos y entidades que conforman el sector público nacional. Es importante resaltar que la sentencia de Cámara, que revocó la anterior, en cuanto consideró que la demandada -SIGEN- no había cumplido totalmente con la remisión de los informes solicitados, admitió la legitimación procesal activa de la AGN.

La mayoría de las causas devienen abstractas por cumplimiento de los requerimientos (Las causas abstractas fueron: JUZ 11 - 55493/2019 AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN c/ EN-M TRANSPORTE DE LA NACIÓN-DNV s/AMPARO LEY 16.986 Buenos Aires, de diciembre de 2020.-MMC; JUZ 11 - 66964/2019 AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN c/ EN-M TRANSPORTE DE LA NACIÓN-DNV s/AMPARO LEY 16.986 Buenos Aires, de marzo de 2020), pero es posible destacar la siguiente del 2019: SALA III- Causa N° 30.986/2019: "AUDITORÍA GENERAL DE LA NACIÓN c/ EN-M JUSTICIA OFICINA ANTICORRUPCIÓN s/ AMPARO POR MORA" Buenos Aires, 7 de noviembre de 2019. En el caso, la sala III confirmó la sentencia del juez de primera instancia en cuanto condenó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos -Oficina Anticorrupción a proporcionar la información requerida que motivó la presente causa en el plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la sentencia, con costas. La Sala III, entendió que en el caso, la parte demandada no había formulado una crítica concreta y razonada que autorizara a apartarse de las conclusiones sostenidas en la instancia anterior y confirmó el pronunciamiento de grado.

a modo de ejemplo, que el artículo 25¹⁶ de la ley 24284, que regula la figura del Defensor del Pueblo, prevé una alternativa para el caso de obstaculización del control; esta referencia es meramente ejemplificativa y no intenta juzgar su efectividad, en función de los tiempos que su utilización puede conllevar.

Aunque el control judicial es una herramienta importante, creo que deben pensarse en soluciones más eficaces para evitar estas situaciones. Recurrir al órgano judicial para obtener documentación para a partir de ahí, comenzar su tarea de verificación y fiscalización, hace perder un tiempo valiosísimo al organismo.

Un tema a tener en cuenta es la digitalización de la información de la administración pública, entidades que tienen que ver con lo público y privadas, que debe jugar a favor a un acceso más rápido a la documentación existente en espacios digitales.

En este último, se había puesto de resalto que de las constancias de la causa se desprendería "...que la información requerida por la Auditoría General de la Nación resultaba relevante a fin de llevar a cabo la labor de control externo del sector público nacional, impuesta a ese organismo en la Carta Magna" y que en ese orden, su denegación "...importaba restringir la manda constitucional que le correspondía ejercer, respecto al examen de legalidad y de gestión de los organismos bajo su control. Consideró que esa cuestión encontraba fundamento en normas superiores como son la Constitución Nacional y en la ley 24.156". Asimismo, destacó que la información requerida "...no podía estar sujeta a condicionamiento alguno por parte del organismo auditado, y que la reticencia en suministrarla, obstruía el desenvolvimiento de las tareas de auditoría constitucionalmente otorgadas al órgano de control, más aún teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el primer requerimiento".

16 El Artículo 25 de la ley 24284, según la redacción dispuesta en la modificación por parte del artículo 11 de la ley 24379, ordena en caso de obstaculización o entorpecimiento. "Todo aquel que impida la efectivización de una denuncia ante el Defensor del Pueblo u obstaculice las investigaciones a su cargo, mediante la negativa al envío de los informes requeridos, o impida el acceso a expedientes o documentación necesarios para el curso de la investigación, incurre en el delito de desobediencia que prevé el artículo 239 del Código Penal. El Defensor del Pueblo debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes. La persistencia en una actitud entorpecedora de la labor de investigación de la Defensoría del Pueblo, por parte de cualquier organismo o autoridad administrativa, puede ser objeto de un informe especial cuando justificadas razones así lo requieran, además de destacarla en la sección correspondiente del informe anual previsto en el artículo 31. El Defensor del Pueblo puede requerir la intervención de la justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiera sido negada por organismos y entes contemplados en el artículo 16, las personas referidas en el artículo 17, o sus agentes". Se recuerda de todos modos, y más allá de las dificultades de su implementación, que el artículo 86 de la constitución nacional, le reconoce legitimación procesal al Defensor del Pueblo.

6. Publicidad de los Dictámenes

La publicidad de los actos de gobierno es un principio fundamental en un Estado de derecho. Desde sus inicios, la AGN ha adoptado como práctica la publicidad en su página de los informes emitidos por la AGN, inmediatamente después de ser puestos en conocimiento de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas del Congreso de la Nación¹⁷.

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

Uno de los valores de nuestra reforma constitucional es la publicidad de los actos de gobierno. Ello tiende a la transparencia en la gestión pública. La norma en cuestión fue introducida a instancias de la Cámara de Senadores durante el tratamiento del proyecto de ley 24156 y va en desmedro del derecho de la ciudadanía a conocer el manejo de los fondos públicos.

Esto último, relegaría la publicidad de los actos de la AGN a la ciudadanía. Tampoco, se prevé qué ocurre con aquellos actos a los que la comisión bicameral considere reservados. Se observa que la ley 24.156 es más amplia cuando trata el destino de los informes de los Síndicos Generales. En efecto, el artículo 107 de la ley dispone que la Sindicatura General de la Nación deberá informar: a) al Presidente de la Nación; b) a la Auditoría General de la Nación, y c) a la opinión pública en forma periódica.

Contribuye a la publicidad la utilización de un lenguaje asequible a la ciudadanía toda, por lo que sin perder la precisión que el informe de auditoría debe contener, es un aspecto importante de los organismos públicos lograr comunicarse de modo sencillo y claro.

Una práctica que se había tomado en gestiones anteriores fue la de dar lugar a que las Organizaciones no gubernamentales (ONGs) tuvieran un espacio para la propuesta de planes de auditoría. Un espíritu valioso

17 SCHAFFRIK, Fabiana, ¿Agoniza el control de las cuentas públicas? Una breve reflexión acerca del funcionamiento de la Auditoría General de la Nación, La Ley, Columna de Opinión, 24 de febrero de 2009.

que busca hacer accesible el control social, preservando un lugar para la ciudadanía en la propuesta de planes de auditoría (Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina, 2002, p. 287/288)¹⁸.

7. Seguimiento y Cumplimiento de los Dictámenes

Por otro lado, parece prudente pensar en herramientas para que los organismos auditados colaboren con la labor de auditoría. Además, de ver, qué cambios en la dinámica del control se requieren para que los organismos auditados, adaptaciones oportunas ante los informes de la auditoría.

La Constitución Nacional señala que "(...) el examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación (...)" y se refiere a la AGN como órgano de asistencia técnica del Congreso.

Sin embargo, se observa que no hay ninguna consecuencia para el caso que el auditado incumpla con las recomendaciones de la auditoría gubernamental, ni tampoco una instancia procedimental para recurrir, en caso de disentir, la decisión del organismo de control.

Por lo que se concluye que deben establecerse mecanismos claros y efectivos para el seguimiento de las recomendaciones formuladas por la AGN, asegurando su cumplimiento por parte de los organismos auditados. También debe preverse un plazo para el cumplimiento de las recomendaciones.

Creo en este punto, sería interesante que el Poder Legislativo al momento de sancionar la ley de presupuesto fije un sistema de incentivos para alentar el cumplimiento de las observaciones, como ser, el reconocimiento de asignaciones de crédito presupuestario al órgano auditado cumplidor para el cumplimiento de una determinada política pública.

8. La Legitimación Procesal Activa: una Herramienta para la Defensa de los Derechos

La legitimación procesal activa es la capacidad de una persona o entidad para iniciar un proceso judicial en defensa de sus derechos. En el caso de la AGN, la legitimación procesal activa es fundamental para que pueda acudir a la justicia en caso de que se vulneren sus derechos o se obstaculice su labor de control.

La ley complementaria de la AGN debe establecer de manera clara y precisa la legitimación procesal activa de la AGN, garantizando su derecho a acudir a la justicia en defensa de sus competencias y atribuciones. Esto permitirá a la AGN ejercer un control más efectivo y contribuir a la construcción de un Estado de derecho más sólido y transparente.

La sanción de la ley complementaria de la AGN es una deuda pendiente que debe ser saldada de manera urgente. No se trata solo de cumplir con un mandato constitucional, sino de fortalecer una institución clave para el control del gasto público, la transparencia en la gestión estatal y la consolidación de nuestra democracia. Es hora de avanzar hacia un Estado más justo, equitativo y democrático, en el que la ciudadanía sea protagonista y el control del gasto público una herramienta al servicio del bien común.

9. Por un Control de Mejora de la Administración

La reciente reforma a la Ley de Procedimientos Administrativos recoge en forma explícita los principios de simplificación administrativa, buena administración y la eficiencia burocrática. Estos principios, pueden ser perfectamente exigibles, dependerá de la aplicación que de ellos haga la administración y la valoración que la interpretación judicial les otorgue. Demandar su concreción o medir el contralor en función de la concreción de los mentados principios, es otro punto en que el organismo de control puede hacer un buen aporte.

De algún modo, podemos vincular el control de gestión que refiere el artículo 85 de la Constitución nacional, con estos principios afincados en una idea más moderna

¹⁸ PERUZZOTTI, Enrique y SMULOVITZ Catalina (eds.) (2002), Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Democracias Latinoamericanas (Buenos Aires. Grupo Editorial Temas) Accountability social: La otra cara del control, Revista de Ciencia Política / Volumen XXIII/ N° 2 / 2003 / 287-288.

de administración, sobre todo luego de la irrupción de la tecnología en nuestra realidad.

10. Conclusión

A más de treinta años de la puesta en funcionamiento del organismo y al cumplirse otro aniversario de la reforma constitucional nacional, resulta importante reflexionar sobre los avances y desafíos pendientes en la consolidación de nuestra democracia. La sanción de la ley complementaria de la AGN es una oportunidad para saldar una deuda histórica y fortalecer las instituciones que garantizan el control del poder y la transparencia en la gestión pública; ello en pos de avanzar hacia un Estado más justo, equitativo y democrático, en el que la ciudadanía sea protagonista y el control de las cuentas públicas, una herramienta al servicio del bien común.

Criterios Relevantes



I. Potestad
Consultiva

1. Normas de convención colectiva no aplican en procesos de selección y nombramiento del auditor interno

La Contraloría General, basándose en la Ley General de la Administración Pública, la Ley Marco de Empleo Público, el artículo 689 del Código de Trabajo, así como en jurisprudencia y criterios de la Procuraduría y la propia Contraloría, determinó que la convención colectiva no aplica al nombramiento del auditor interno. Esto se debe a que el ejercicio de la auditoría interna debe asegurar la independencia y objetividad en sus actuaciones y criterios, así como la relación propia con la Administración auditada. Debido a esto, el nombramiento del auditor y subauditor de un órgano en una entidad o empresa pública, está sujeto al Derecho Público y no al Derecho Laboral, y les está completamente prohibido formar parte de los trabajadores que gozan de los beneficios de una convención colectiva.

La Contraloría General concluyó que el proceso de selección y nombramiento del auditor interno se rige por el artículo 31 de la Ley General de Control Interno n° 8292 y los "Lineamientos sobre gestiones que involucran a la auditoría interna", que establecen un proceso concursal específico para este puesto, con requisitos de idoneidad y la aprobación de la Contraloría. La Contraloría enfatiza la importancia de la independencia y objetividad del auditor interno, lo que justifica su exclusión de los beneficios de la convención colectiva.

[Oficio n° 00403-2025 \(DFOE-CIU-0009\) del 15 de enero de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

2. Concejo Municipal es el órgano competente para nombrar al contador de la Municipalidad de Zarco

La Contraloría General, basándose en el Código Municipal y en la jurisprudencia de la Procuraduría General de la República, determinó que la competencia para nombrar y remover al contador municipal recae en el Concejo Municipal. El Concejo Municipal es el órgano encargado de nombrar al contador municipal, mientras que el alcalde, como administrador general, se encarga de autorizar permisos, vacaciones y otros aspectos administrativos del personal, incluyendo al contador.

[Oficio n° 20782-2024 \(DFOE-LOC-1866\) del 12 de diciembre de 2024. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

3. Municipalidades pueden colaborar con el Estado en el mantenimiento de la red vial nacional mediante suscripción de convenios

La Contraloría General, basándose en la Ley n° 8114, la Ley General de Caminos Públicos, la Ley Orgánica del MOPT, y criterios de la Procuraduría General de la República, explica que la administración de la red vial nacional le corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) y no a las municipalidades. Por lo tanto, las municipalidades no pueden usar fondos de la Ley n° 8114, destinados a la red vial cantonal, para intervenir en la red vial nacional. No obstante, la Contraloría General aclara que, aunque las municipalidades no pueden usar directamente los fondos de la Ley n° 8114 para la red vial nacional, sí existe la posibilidad de que colaboren con el Estado en el mantenimiento de la red vial nacional mediante la suscripción de convenios con el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y la autorización del MOPT, dentro del marco de posibilidades que otorgue la normativa vigente.

[Oficio n° 20070-2024 \(DFOE-LOC-1746\) del 27 de noviembre de 2024. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

4. Naturaleza jurídica de los recursos de los Comités Cantonales de Deportes y Recreación (CCDR)

La Contraloría General, basándose en el Código Municipal, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, la Ley General de Control Interno y el Reglamento de Funcionamiento del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Golfito, determinó que:

- Los fondos públicos asignados a los CCDR son de carácter exclusivo para el cumplimiento de sus fines, que son la promoción del deporte y la recreación en el cantón.
- Cualquier transferencia de fondos públicos a personas físicas, incluidos funcionarios públicos que integren el CCDR, debe estar debidamente justificada, documentada y cumplir con los principios de legalidad, probidad y eficiencia.
- Los fondos públicos entregados deben ser objeto de una rendición de cuentas clara y transparente, con la presentación de un informe detallado de los gastos, documentación de respaldo y la devolución de saldos no utilizados.

Por ende, en el caso analizado, la Contraloría General indicó que la Auditoría Interna debe investigar las circunstancias en las que se giraron recursos a funcionarios del Comité y si su uso procede o no de conformidad con la normativa vigente. La transferencia de fondos públicos del CCDR a funcionarios públicos que lo integran debe estar debidamente justificada y cumplir con la normativa vigente. En caso de que no corresponda el giro, se deben recuperar los recursos mediante el procedimiento legal correspondiente.

[Oficio n° 21226-2024 \(DFOE-LOC-1953-2024\) del 19 de diciembre de 2024. Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

5. Requisitos de los compromisos presupuestarios

La Contraloría General, basándose en el Código Municipal, la Ley General de Contratación Pública y criterios anteriores, explica que los compromisos presupuestarios son obligaciones que la Administración asume con terceros para pagar una suma de dinero. También detalla las condiciones para considerar como tal un compromiso presupuestario, incluyendo que haya sido contraído por funcionarios autorizados, que se hayan observado las disposiciones legales, que exista partida presupuestaria con fondos suficientes, que se haya formalizado mediante documentos y que, en el caso de obras, se considere el avance de las mismas. La Contraloría General concluye que es responsabilidad de la Administración analizar cada caso y determinar si cumple con los criterios para aplicar la figura de compromiso presupuestario. La Auditoría Interna, por su parte, debe supervisar el cumplimiento del marco normativo.

[Oficio n° 20962-2024 \(DFOE-LOC-1891\) del 17 de diciembre de 2024. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

6. Legalización de los libros de actas cuando no se cuente con auditor interno

La Contraloría General indicó que los libros de actas son documentos esenciales que registran las decisiones de los concejos municipales. Normalmente, su legalización (es decir, la certificación de su autenticidad) es responsabilidad del auditor interno. Sin embargo, si no hay auditor, el Concejo Municipal debe designar a una persona idónea para que los legalice, la cual debe asegurarse de que los libros

estén foliados correctamente, que no hayan sido usados previamente y que cuenten con el logo de la institución. El Concejo Municipal tiene la libertad de diseñar un sistema que se ajuste a sus necesidades para legalizar los libros, ya sean físicos o electrónicos.

[Oficio n° 21210-2024 \(DFOE-LOC-1950\) del 19 de diciembre de 2024. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

7. Se aclaran requisitos para que administraciones municipales pueden donar instrumentos a bandas comunales

Una municipalidad puede financiar las bandas comunales del cantón, incluyendo la donación de instrumentos musicales, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que la banda comunal se considere una escuela de música, comparsa, cimarrona, o banda sinfónica de formación musical.
- Que pertenezca a una organización sin fines de lucro, asociación de desarrollo dentro del cantón, centro de educación pública, beneficencia o servicio social que preste servicios al cantón.
- Que la municipalidad haya emitido un reglamento para su regulación.
- Que la banda tenga personería jurídica vigente e inscrita ante el Registro Nacional.

Además, la municipalidad debe analizar si la donación de instrumentos se considera financiamiento o subvención y si la asociación es susceptible de recibirla, cumpliendo con las Normas Técnicas sobre Beneficios Patrimoniales y la Ley de Asociaciones. La decisión final sobre la conveniencia de realizar la donación y el instrumento jurídico a utilizar (acta de entrega, convenio, reglamento) recae en la administración municipal.

[Oficio n° 01835-2025 \(DFOE-LOC-0217\) del 4 de febrero de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

8. Responsabilidades del Concejo Municipal en el proceso de autorización de vacaciones del auditor interno

El Concejo Municipal de Cartago es el responsable de establecer las regulaciones administrativas aplicables al auditor interno, incluyendo la autorización de vacaciones. Dichas regulaciones no deben afectar negativamente la independencia funcional y de criterio del auditor, se deben consensuar con el auditor interno y garantizar la igualdad de trato con puestos de rango similar. Asimismo, el Concejo Municipal debe valorar los elementos concretos del caso, como el período de prueba y los derechos laborales adquiridos, antes de decidir sobre las vacaciones del auditor. Se sugiere considerar la posibilidad de delegar la autorización de vacaciones en otro órgano administrativo, siempre y cuando se garantice la independencia del auditor. Se recomienda reglamentar las condiciones administrativas para el auditor interno, tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley General de Control Interno.

[Oficio n° 01840-2025 \(DFOE-LOC-0219\) del 4 de febrero de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

9. Competencia del auditor interno para referirse a los cargos bajo su liderazgo

El auditor interno tiene la potestad de autorizar movimientos de personal en su unidad, incluyendo el nombramiento y la selección. Es necesario respetar los principios de coordinación y cooperación entre la Administración activa y la Auditoría Interna. Corresponde a la Administración activa valorar los insumos proporcionados por la Contraloría General de la República (CGR) y contrastarlos con los casos concretos antes de tomar decisiones. Se confirma la necesidad de la incorporación a colegios profesionales para el personal de auditoría, pero la validez de la experiencia previa a la incorporación queda a criterio de la municipalidad. El visto bueno del auditor interno es necesario para modificar la descripción del puesto de gestor de Auditoría Interna. En caso de discrepancia, prevalece el criterio de la CGR, pero la municipalidad debe valorar los aspectos concretos del caso.

[Oficio n° 10092-2024 \(DFOE-SOS-0320\) del 17 de junio de 2024. Área de Fiscalización para el Desarrollo Sostenible. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

10. Regulación y control de vehículos oficiales en el sector público

La Contraloría General analizó la utilización de vehículos oficiales en el sector público, destacando algunos aspectos relevantes en procura de asegurar un uso adecuado y transparente de dichos recursos públicos. Los principales puntos abordados fueron los siguientes:

1. Restricciones de uso: Los vehículos administrativos deben ser usados exclusivamente para fines institucionales. Se prohíbe una asignación permanente a funcionarios específicos, así como su uso para desplazamientos personales, como los traslados entre casa y trabajo, lo cual asegura el cumplimiento de los principios de legalidad y eficiencia en el uso de recursos públicos.
2. Exclusividad de vehículos policiales: Los vehículos utilizados en actividades de seguridad y emergencias están reservados estrictamente para fines institucionales. Además, en ciertos casos justificados, estos automotores pueden prescindir de rotulación, siempre que se garantice la transparencia y el control interno.
3. Criterios de asignación y rotulación: La Ley de Tránsito exige que los vehículos administrativos lleven placas especiales y rotulación visible, mientras que los vehículos policiales y discrecionales pueden eximirse de este requisito en circunstancias especiales. Esta medida fortalece la transparencia y la rendición de cuentas en la administración de los bienes públicos.
4. Control de uso y mantenimiento: Cada institución es responsable de regular el combustible, los recorridos y los horarios de uso de sus vehículos oficiales, con el objetivo de garantizar que los recursos de la flotilla vehicular se asignen de manera proporcional a las necesidades del servicio público.

[Oficio n° 02123-2025 \(DFOE-LOC-0234\) del 10 de febrero de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

11. Contraloría General de la República (CGR) aclara sobre creación de plazas de confianza en el ámbito municipal por medio de modificación presupuestaria

La CGR analizó el artículo 127 del Código Municipal que define a los funcionarios de confianza y sus particularidades. Al respecto, menciona que estos funcionarios son contratados a plazo fijo, su nombramiento y remoción son discrecionales y no están cubiertos por la carrera administrativa municipal. Sin embargo, se subraya que deben incluirse en el manual descriptivo de puestos de la municipalidad.

En cuanto a la creación de nuevas plazas y las modificaciones presupuestarias, la CGR hace referencia a los artículos 102, 109, 110 y 129 del Código Municipal, así como a las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, e indica que las plazas nuevas deben estar incluidas en el manual descriptivo de puestos y que las modificaciones presupuestarias para crear plazas deben justificarse por la ampliación de servicios o la prestación de uno nuevo. Además, se debe considerar el límite del 40% de los ingresos ordinarios para gastos generales de administración.

También se menciona la Ley Marco de Empleo Público, específicamente el artículo 46 que regula las relaciones de servicio temporales o por períodos y las normas 4.3.12 y 4.3.13 de las Normas Técnicas sobre Presupuesto Público, que establecen los requisitos para las modificaciones presupuestarias. Finalmente, el Órgano Contralor indicó que la administración municipal, bajo su propia responsabilidad, puede realizar modificaciones presupuestarias para crear plazas de confianza, siempre y cuando se realicen los estudios técnicos de viabilidad financiera y jurídicos necesarios, y se cumpla con el bloque de legalidad vigente.

[Oficio n° 03930-2026 \(DFOE-LOC-0512\) del 13 de marzo de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

12. Los movimientos de personal de la Auditoría Interna requieren respaldo formal del auditor interno

Los funcionarios de la Auditoría Interna (distintos del auditor y subauditor) están sujetos a las disposiciones administrativas aplicables al resto del personal de la entidad. Asimismo, la autorización o denegatoria de los movimientos de personal de la Auditoría Interna (distintos del auditor y subauditor) requieren del respaldo formal del auditor interno, quien debe explicar la causa o motivo. Por su parte, la Administración debe considerar las razones motivadas del auditor interno. Finalmente, la discreción del auditor interno está delimitada por la legalidad y proporción al contenido de su motivación. Si no se autoriza el movimiento, debe justificarse en razón de la afectación negativa al desarrollo de la actividad de la Auditoría Interna o a su independencia funcional y de criterio.

[Oficio n° 07410-2025 \(DFOE-LOC-0578\) del 27 de marzo de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

13. Inversión de fondos públicos en centros educativos ubicados en terrenos a nombre de terceros debe ser excepcional

La Contraloría General de la República (CGR) concluye que la inversión de fondos públicos en centros educativos ubicados en terrenos de terceros debe ser absolutamente excepcional y enfocada en garantizar la continuidad del servicio educativo público, especialmente en situaciones de emergencia. Antes de invertir, el Ministerio de Educación Pública (MEP) debe agotar todas las alternativas legales para regularizar la situación de los inmuebles. La CGR reitera la necesidad de que el MEP elabore un inventario actualizado de los centros educativos en esta condición, dado que esta situación irregular viene de largo tiempo atrás. Además, debe tomar medidas concretas para resolver el problema de manera integral, en lugar de limitarse a emitir circulares y requisitos.

[Oficio n° 07874-2024 \(DFOE-CAP-0818\) del 8 de abril de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo de Capacidades. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

14. Contraloría General de la República (CGR) aclara alcance del pago de prohibición en puestos de dirección

La CGR señala que el pago de prohibición aplica a directores y subdirectores de mayor jerarquía en el área administrativa, pero no a otros puestos de dirección de otras áreas como finanzas, legal o recursos humanos. Se aclara que los encargados de proveeduría sí están cubiertos por la prohibición. Además se reitera que es responsabilidad de la administración valorar y aplicar este criterio a los casos específicos.

[Oficio n° 06851-2025 \(DJ-0475\) del 17 de marzo de 2025. División Jurídica. Contraloría General de la República.](#)

II. Criterios

Contratación Pública

1. Obligación de verificar subcontratación en actividades especializadas

La Contraloría General de la República (CGR) analizó un recurso de apelación, en el cual se alegó que la adjudicataria no reportó la lista de subcontratistas ni los porcentajes de subcontratación, a pesar de que existían actividades especializadas, a lo cual la adjudicataria argumentó que estaba en capacidad de realizar esas actividades por su propia cuenta. Este Órgano Contralor determinó que la Administración fue omisa en indagar con la adjudicataria sobre su capacidad real, técnica y de recurso humano calificado para ejecutar estas labores especializadas por su cuenta, sin acudir al subcontrato. Asimismo, se resolvió que no basta con que un oferente indique que tiene capacidad de realizar labores especializadas, sino que la Administración debe indagar de forma detallada los mecanismos, equipos, personal y demás aspectos que garanticen que el oferente tiene la capacidad técnica de ejecutar el objeto sin necesidad de acudir a subcontratar un tercero.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-00074-2024 del 16 de noviembre de 2024. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2. Cotización en moneda nacional según la Directriz 44-H del Ministerio de Hacienda

La CGR analizó un recurso de objeción acerca de la posibilidad de la Administración de solicitar que las ofertas sean presentadas únicamente en moneda nacional, de acuerdo con la Directriz 44-H del Ministerio de Hacienda. La CGR indicó que a pesar de que la normativa legal y reglamentaria permiten a los oferentes cotizar en cualquier tipo de moneda de curso legal en Costa Rica, la Directriz 44-H dispone que las entidades y órganos del Poder Ejecutivo deben efectuar todas sus contrataciones de bienes y servicios en moneda nacional y deben establecer el requisito desde el pliego de condiciones. Esto restringe el derecho de los proveedores de elegir libremente la moneda con la cual desean cotizar. Por lo tanto, se concluye que la Directriz 044-H no tiene un fundamento legal ni constitucional válido. No obstante, mientras siga vigente, es necesario asegurarse de que la Administración motive adecuadamente su aplicación. Para ello, debe justificar que su implementación es viable considerando las condiciones del mercado y que no afecta la satisfacción del interés público. Esta justificación debe quedar debidamente acreditada en el expediente de la contratación

[Resolución n° R-DCP-SICOP-02028-2024 del 11 de diciembre de 2024. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

3. Reconocimiento y equiparación de títulos académicos del extranjero para profesionales incorporados al CFIA

La Contraloría General de la República (CGR) analizó el trámite de reconocimiento y equiparación ante el Consejo Nacional de Rectores (CONARE) de los títulos académicos emitidos en el extranjero, de profesionales incorporados al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), con el fin de presentarlos como requisitos de admisibilidad o para el sistema de evaluación en los procesos de compra pública. En ese sentido, según criterio del CONARE se precisó en la resolución lo siguiente:

- a. El título de licenciatura de los participantes al concurso de compra pública no requiere reconocimiento o equiparación; de conformidad con lo previsto en el artículo 8 inciso 3) del Reglamento Especial de Incorporación del CFIA. Lo anterior, por cuanto durante el trámite de incorporación al colegio profesional se debe acreditar el título equivalente para obtener dicha inscripción;
- b. El CONARE señala que para efectos de obtención de puntaje a través del sistema de evaluación del concurso, se hace necesario que el título académico sea acreditado con el cumplimiento del trámite de reconocimiento o equiparación. En consecuencia, según lo señalado en la resolución, si el requisito de admisibilidad exige el título de licenciatura, no será necesario realizar el trámite de reconocimiento o equiparación, ya que corresponde al colegio profesional verificar su validez. Sin embargo, este trámite sí será requerido si se otorga puntaje adicional por un título académico superior dentro del sistema de evaluación.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-01836-2024 del 15 de noviembre de 2024. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

4. Contraloría General tiene competencia para conocer recursos de objeción de licitaciones públicas tramitadas por el ICE al amparo de la Ley n° 8660

La Contraloría General de la República (CGR) analizó un recurso de objeción, en el cual se abordó el tema de la competencia de la CGR para conocer recursos de objeción interpuestos del procedimiento de licitación pública, que han sido promovidos por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) con fecha posterior a la publicación del voto de la Sala Constitucional 2024-022483 de las 12:00 horas del 7 de agosto de 2024, en el Boletín Judicial 157 del 27 de agosto de 2024. Esto conforme a la Ley de Fortalecimiento

y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (n° 8660) y el Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones (Decreto Ejecutivo 35148). Según lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el voto n° 2024-022483 se declaró inconstitucional el artículo 135 inciso c) de la Ley General de Contratación Pública (n° 9986); de forma tal que recobraron su vigencia los artículos 12, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de la Ley n° 8660. Se resolvió que la CGR posee competencia en razón del tipo de procedimiento, es decir, cuando se trate de los procedimientos denominados por el ICE como licitación pública.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-01972-2024 del 4 de diciembre de 2024. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

5. Consorcios. Objeto contractual y condición PYME

La Contraloría General de la República (CGR) resolvió un recurso de apelación interpuesto en una licitación mayor para la contratación del servicio de limpieza. El recurrente alegó que su oferta fue presentada en consorcio, pero que la Administración la consideró como individual. Además, argumentó que como una de las empresas del consorcio es una PYME, se le debía otorgar el puntaje máximo (10 puntos), según los criterios de evaluación. La CGR dio la razón al consorcio recurrente sobre estos aspectos. La CGR también determinó que al amparo del principio de eficiencia, debe analizarse integralmente la oferta y el acuerdo consorcial aportado. En esta línea, consideró que dicho acuerdo es afín al objeto de la contratación, relacionado con insumos químicos específicos para el servicio de limpieza.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-02048-2024 del 13 de diciembre de 2024. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

6. Permiso sanitario de funcionamiento se verifica en la etapa de ejecución

La Contraloría General de la República (CGR) analizó un recurso de apelación en contra del acto final, cuyo argumento principal era un supuesto incumplimiento normativo: el requisito de contar con el permiso sanitario de funcionamiento. La resolución reiteró la tesis de que los requisitos de cumplimiento obligatorio para los oferentes son aquellos que estén directamente relacionados con la idoneidad del objeto ofrecido y del oferente para cumplir

con el objeto contractual, mientras que aquellos que si bien son requisitos necesarios para la ejecución, pero no guardan una relación directa con la idoneidad del objeto contractual, son requisitos cuyo cumplimiento corresponde a la fase de ejecución. En este sentido, se indicó expresamente que el permiso sanitario de funcionamiento, si bien es de cumplimiento obligatorio, su verificación queda para la etapa de ejecución, como podría suceder con otros requerimientos como la licencia municipal.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-02056-2024 del 16 de diciembre de 2024. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

7. Recurso de apelación rechazado de plano por falta de fundamentación y acreditación de incumplimiento

La Contraloría General de la República (CGR) analizó un recurso de apelación presentado en contra del acto de adjudicación de una licitación mayor promovida por la Universidad Nacional para la compra de equipo de cómputo. El apelante argumentó que la empresa que resultó adjudicada ofertó una característica superior a lo solicitado en el pliego y por ende, dicha oferta debía ser excluida. Al respecto, la CGR indicó que en el supuesto de ofrecerse algo superior a lo solicitado, aplica el deber del apelante de demostrar que lo ofertado por la adjudicataria presenta un incumplimiento de tal trascendencia que amerite la exclusión de su oferta. No obstante, en este caso, la recurrente no logró demostrarlo así y en atención al deber de fundamentación establecido en el artículo 262 del RLGCP, se procedió al rechazo de plano por improcedencia manifiesta debido a la falta de legitimación y fundamentación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 261, 262 y 266 incisos a) y e) del RLGCP.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-00055-2025 del 14 de enero de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

8. Razonabilidad de precio en las ofertas de contratación pública

La Contraloría General de la República (CGR) explicó el tema de razonabilidad del precio de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General de Contratación Pública (LGCP), indicando:

1. Normativa aplicable: los artículos 17, 34 y 41 de la Ley General de Contratación Pública y los artículos 44, 85, 100 y 106 del RLGCP establecen una serie de supuestos y herramientas para que la Administración determine precisamente la razonabilidad de las ofertas.

2. Rangos de tolerancia en el pliego de condiciones: según lo establecido en los artículos 34 de la LGCP y 44 del RLGCP, los rangos o bandas de tolerancia deben ponerse en conocimiento desde el pliego, no solo para efectos de la debida confección de la oferta, sino en cumplimiento de los principios de transparencia e igualdad.

3. Imposibilidad de utilizar los precios de las ofertas recibidas en el concurso: el establecimiento de rangos de tolerancia o bandas se define desde una etapa temprana previa a la recepción de ofertas, según el artículo 34 de la LGCP y por ende, no es posible considerar las ofertas recibidas en el concurso para efectos de razonabilidad ([R-DCA-SICOP-01408-2023 de 15 de noviembre de 2023](#)).

4. Análisis de razonabilidad e indagatoria del precio: el artículo 42 de la LGCP hace necesaria la presentación del presupuesto detallado para la oferta que resulte adjudicada, por lo que no es posible requerirlo en la etapa de evaluación de ofertas, para el análisis de razonabilidad ([R-DCP-SICOP-00401-2024 de 19 de marzo de 2024](#)). Tampoco se puede pretender aportarlo indirectamente en la indagación sobre razonabilidad ni procurar un análisis de razonabilidad sobre componentes específicos de la estructura del precio que impliquen un análisis de presupuesto detallado. Más bien, estos rubros deben analizarse globalmente ([R-DCP-SICOP-01342-2024 de 2 de setiembre de 2024](#)). Además, se aclara que si bien el artículo 41 de la LGCP y el 101 de su reglamento establecen la posibilidad de que algún oferente otorgue una línea de crédito o garantía, este mecanismo se habilitará solo en aquellos casos en los que aún habiendo pasado la indagatoria, la Administración todavía tenga dudas sobre la razonabilidad del precio ofrecido.

5. Consecuencias de no cumplir con la normativa: es necesario cumplir a cabalidad con las etapas para razonabilidad de precios previstas en la legislación y desarrolladas en el respectivo reglamento; no como un rito formal, sino como un aspecto sustantivo del procedimiento de concurso. Si bien su cumplimiento no amerita la nulidad del procedimiento, en consideración a los principios de eficacia y eficiencia, no se trata de un aspecto soslayable o facultativo para la Administración, sino de una obligación para evitar retrasos innecesarios al interés público.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-0469-2025 del 18 de marzo de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

9. Trascendencia y declaratoria de infructuosidad de un concurso

La Contraloría General enfatizó en la importancia del análisis de trascendencia para aplicar los principios de eficiencia, eficacia y conservación de las ofertas en procedimientos declarados infructuosos. Se indicó que, ante el incumplimiento general de requisitos, la Administración debe analizar y fundamentar las razones de exclusión, considerando la trascendencia de los incumplimientos según el artículo 139 del Reglamento de la Ley General de Contratación Pública, para valorar la exclusión frente al interés público. En casos de declaratoria de infructuosidad, la Administración debe ser más cuidadosa al analizar la importancia de los incumplimientos en la atención del interés público, entendiéndose que solo los incumplimientos sustanciales excluyen ofertas, y que en casos de incumplimiento general, debe prevalecer la conservación de las ofertas.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-0429-2025 del 11 de marzo de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

10. Distinción cualitativa y no cuantitativa del procedimiento de licitación

Tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley n° 8634 (Sistema de Banca para el Desarrollo), el artículo 3 de la Ley n° 6868 (Ley Orgánica del Instituto Nacional de Aprendizaje), reformados mediante el artículo 134 de la Ley General de Contratación Pública, existen situaciones en las que se aplica el proceso de licitación menor, el cual debe respetarse para efectos de la etapa recursiva, a pesar del monto que tenga.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-00421-2025 del 11 de marzo de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

11. Atención de solicitudes de información en procedimientos de contratación pública

La Contraloría General indicó que de conformidad con el artículo 102 del Reglamento de la Ley General de Contratación Pública, en contratos de obra pública, de servicios y para cualquier otro objeto contractual, se le puede pedir al oferente presentar la estructura de precio, tanto en valores absolutos como porcentuales. De darse discrepancias, la misma norma refiere que prevalecen los primeros y añade que los valores absolutos deberán ser concordantes con la o las monedas con que se presenta el precio de oferta. Por otra parte, solicitar en el pliego de condiciones información no contemplada en la normativa, constituye una extralimitación de quien licita, pues de la norma tiene la intención de que la información se presente para tener por cumplido el requerimiento, independientemente del análisis o incluso pertinencia de la misma, que corresponde valorar en una etapa posterior. Esto concuerda con el espíritu del artículo 42 de la Ley General de Contratación Pública que dispone que quien resulte adjudicatario deberá presentar un presupuesto detallado antes de la suscripción del contrato y dentro del plazo establecido en la misma norma, momento en el cual, según el artículo 103 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, la Administración revisará el presupuesto detallado presentado por el adjudicatario.

[Resolución n° R-DCP-SICOP-0582-2025 del 02 de abril de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

III. Oficio de carácter

preventivo

1 Cinco herramientas clave para el fortalecimiento de la integridad en la Gestión Aduanera

El sistema aduanero desempeña un papel fundamental en la protección de la economía y la seguridad nacional de un país. No obstante, su vulnerabilidad ante prácticas corruptas, puede poner en riesgo la eficiencia del comercio exterior y la adecuada recaudación fiscal. Dicho oficio está dirigido a los funcionarios y auxiliares del sistema aduanero del país, cuyo objetivo principal es advertir sobre cinco herramientas clave para fortalecer la integridad en la gestión aduanera y prevenir la corrupción:

- Régimen de incompatibilidades: busca evitar que los funcionarios aduaneros tengan intereses personales o externos que puedan influir en sus decisiones.
- Manejo de conflictos de interés: aborda la importancia de la transparencia y la ética en el desempeño de las funciones aduaneras.
- Declaraciones juradas: describe la obligación de ciertos funcionarios aduaneros de declarar su situación patrimonial para prevenir el enriquecimiento ilícito.
- Estrategias para fortalecer la denuncia: destaca la importancia de un sistema de denuncia seguro y confidencial para reportar irregularidades sin temor a represalias.
- Régimen de responsabilidades en materia aduanera: resume las sanciones por incumplimiento de las leyes aduaneras, incluyendo multas, sanciones penales, suspensión, inhabilitación y decomiso de mercancías.

En virtud de lo anterior, resulta imperativo implementar mecanismos efectivos que promuevan la integridad y la transparencia en todas las instancias vinculadas al sistema aduanero, incluyendo tanto a los funcionarios públicos como a los auxiliares de la función pública aduanera.

[Oficio n° 20377-2024 \(DJ-2296\) 20380-2024 \(DFOE-FIP-1092\) del 3 de diciembre de 2024. División Jurídica. / Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Finanzas Públicas. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)





Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol XXV. 2025

