

Revista de Derecho de la
Hacienda Pública

Vol XXVII. 2026



Contraloría General de la República
San José, Costa Rica

Teléfono: 2501 - 8518
Correo electrónico: revista.juridica@cgr.go.cr
Semestral ISSN-221-3624

Consejo Editorial

**Revista de Derecho de la
Hacienda Pública**

Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

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

Director de la Revista:

Luis Diego Ramírez González

Asistente:

José Pablo Rojas Barrantes

Editora:

Priscilla Brenes Jiménez

En nuestro compromiso con la accesibilidad, informamos que el diseño de nuestros documentos PDF está optimizado para su lectura mediante lectores de pantalla.

Índice

Índice.....	3
Estudios de Colaboradores Nacionales	6
La contratación irregular: elementos constitutivos, evolución normativa y su regulación en la Ley General de Contratación Pública	7
Lectura del principio de calificación única para la prevención del “subsane” de ofertas en contratación pública, a través de los principios de eficacia y eficiencia del derecho a la buena administración.	28
Legitimación procesal de la Contraloría General de la República en procesos penales de Hacienda y función pública	42
Del principio in dubio pro natura al principio pro natura: evolución progresiva en la justicia ambiental y climática interamericana.....	56
Criterios Relevantes.....	62
I. Potestad Consultiva	63
1.1 Criterios para el reconocimiento de la prohibición al personal de las Auditorías Internas	64
1.2 Anulación de folios de libros legales, no es competencia de la Auditoría Interna	64
1.3 Municipalidades pueden utilizar recursos públicos en propiedad privada para evitar peligros inminentes que afecten a la comunidad.....	64
1.4 Evaluación del auditor interno como forma de rendición de cuentas	64
1.5 Concejos Municipales de Distrito no pueden presentar su presupuesto a aprobación de forma independiente	65
1.6 Deuda pública: Prohibido su uso para salarios y sentencias judiciales.....	65
1.7 Para destituir auditores internos en entes públicos no estatales se requiere un dictamen de la CGR....	65
1.8 CGR aclara cómo armonizar las Normas de Control Interno para el Sector Público (NCISP) con los modelos de gobierno corporativo del sector financiero	66
1.9 Comité de auditoría: Implicaciones de la reforma a las Normas de Control Interno para el Sector Público	66
1.10 El jerarca no aprueba o imprueba los planes de trabajo anuales de la Auditoría Interna	66
1.11 RECOPE puede realizar donaciones a Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI) sin intervención de municipalidades	67
1.12 Límites a las advertencias de la Auditoría Interna para evitar la coadministración	67
1.13 Concejo Municipal debe aprobar modificaciones de presupuestos iniciales que fueron aprobados parcialmente	67
1.14 Límites a la contratación de servicios profesionales externos para la unidad de Auditoría Interna.....	67
1.15 Gastos en los que pueden utilizarse recursos específicos de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre.	68
1.16 Municipalidades pueden suscribir convenios con organizaciones privadas para ejecutar servicios de cuidado infantil de la REDCUDI	68
1.17 Municipalidades no pueden comprar pólizas para cubrir accidentes o enfermedades de los miembros del Concejo Municipal	68
1.18 Se requiere un reglamento aprobado por el Concejo Municipal para que los comités cantonales de deportes y recreación pueden transferir recurso a organizaciones deportivas.....	69

II. Criterios Contratación Pública 70

2.1 CGR anula adjudicación por falta de idoneidad financiera y duplicidad de subcontratos71

2.2 Es prohibido ajustar bandas de precios usando las ofertas presentadas en el mismo concurso71

2.3 CGR define pautas sobre refrendo en obras viales y servicios especializados71

2.4 Omisión de imprevistos no siempre invalida una oferta de bienes72

2.5 Imprevistos no son obligatorios en compras de equipo médico72

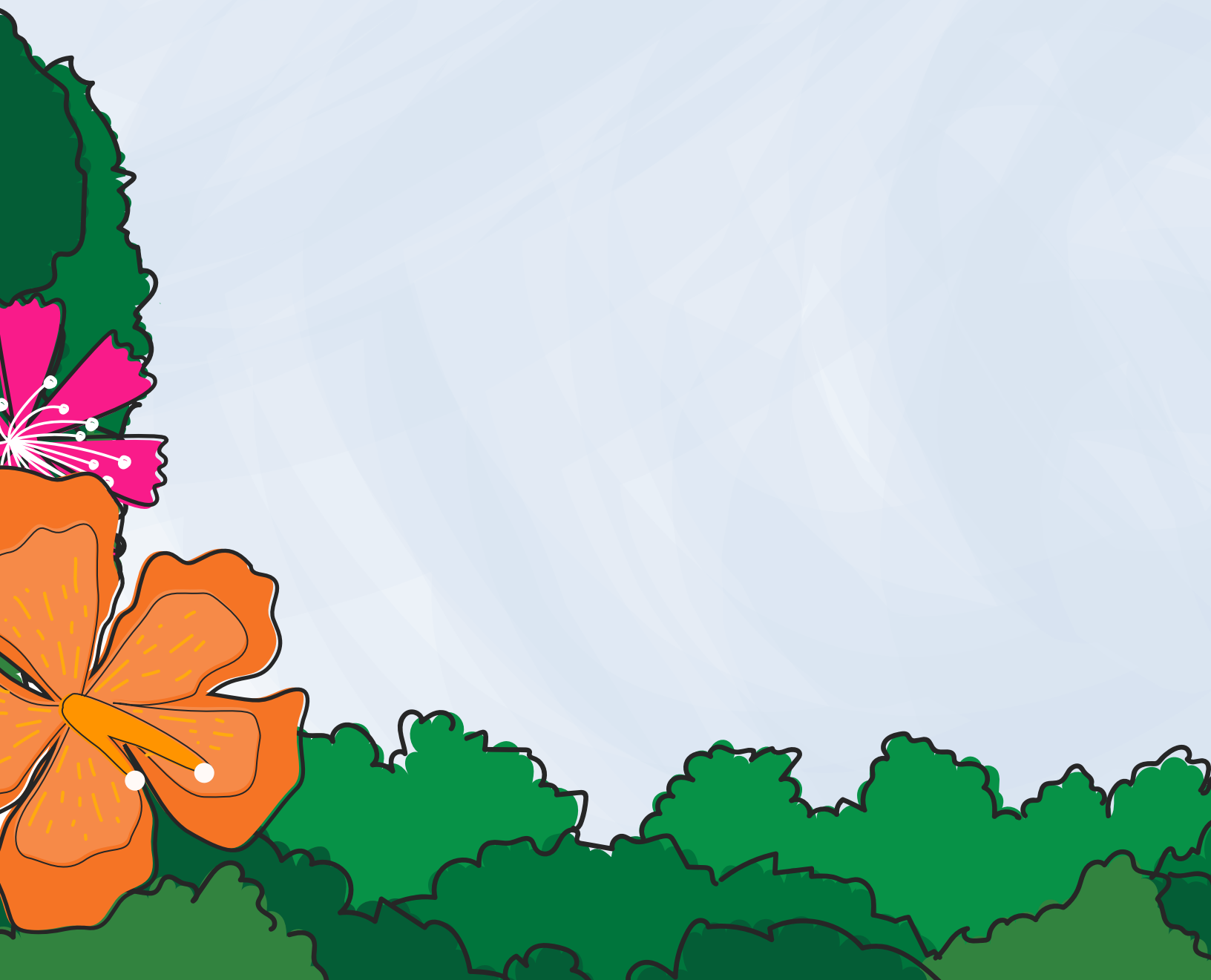
2.6 Participación de albaceas como subcontratistas en concursos públicos72

2.7 Empresa incumple al presentar precio inferior a la retención obligatoria del 2% del impuesto de renta73

III. Otros avisos 74

Estudios de

Colaboradores Nacionales





Jainse Marín Jiménez¹

La contratación irregular: elementos constitutivos, evolución normativa y su regulación en la Ley General de Contratación Pública

Sumario

1. Introducción
2. Conceptualización de la figura
3. Origen y evolución normativa en el derecho costarricense
4. Elementos distintivos
5. La contratación irregular en la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento
6. Conclusiones y reflexiones finales

¹ Gerente Asociado de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

Palabras clave: Contratación irregular, deber de verificación, vicio grave, interés público e indemnización.

Resumen: Mediante este artículo de opinión se aborda el concepto, características y evolución normativa de la contratación irregular en la legislación costarricense, destacando particularmente su regulación en la Ley General de Contratación Pública, así como los cambios que dicha normativa vino a establecer en relación con las disposiciones de la derogada Ley de Contratación Administrativa.

1. Introducción

Las normas jurídicas -indistintamente de su rango jerárquico- se emiten con el objetivo de que sean cumplidas, bajo la consideración que realizar o evitar las conductas o pautas de comportamiento establecidas en dichas disposiciones, contribuye al bien común y a la atención de ciertos valores e intereses socialmente relevantes.

Luego, la materia de contratación pública no es una excepción, máxime que sus regulaciones -vistas de manera instrumental y bajo una perspectiva teleológica- están dirigidas a la satisfacción del interés público, representado por la adquisición de bienes y servicios requeridos para la atención de determinadas necesidades públicas.

Ahora bien, cuando las normas jurídicas que regulan la materia de contratación pública se incumplen y se asignan consecuencias a su inobservancia, la existencia de una figura como es la contratación irregular, que no genera como efecto la invalidez de lo actuado ni la eliminación de actos, obras o servicios prestados a satisfacción de la Administración, pese a entrañar un vicio grave en el proceso de compra globalmente considerado, con frecuencia genera inquietudes y confusiones conceptuales en relación con el instituto de la nulidad².

² A manera de ejemplo, en el oficio de la Contraloría General n.º 16831 (DAGJ-1949) del 5 de diciembre de 2006, emitido -vale aclarar- en un momento en el que no había entrado a regir el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo n.º 33411 del 27 de setiembre de 2006), se indicó lo siguiente: (...) *en vista del carácter gravoso que acarrearía una contratación irregular para el cocontratante y por el*

Lo anterior desde su nombre mismo, habida cuenta que el término irregular se asocia con una inobservancia del ordenamiento jurídico y, con ello, una negación de la legalidad, lo cual ordinariamente se vincula con una invalidez que conduce a la nulidad de lo actuado.

La razón de todo esto parece clara pero no exenta de particularidades: la decisión de crear, en relación con la inobservancia de normas y principios en materia de contratación pública, un régimen particular que corre de manera paralela al de las nulidades, con el cual convive y no sustituye, tal y como se establece en el artículo 7 de la Ley General de Contratación Pública (Ley n.º 9986 del 27 de mayo de 2021, en adelante LGCP)³, de conformidad con el cual el régimen de nulidades aplicable a la materia de contratación pública es el establecido en la Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

Bajo esta inteligencia, identificar las razones que llevaron a crear la figura de la contratación irregular y perfilar sus características y elementos, al amparo especialmente de la normativa vigente y resoluciones judiciales que se han referido a la misma, son los objetivos de este artículo de opinión, mediante el cual se procura sumar algunas reflexiones en torno al tema, sin pretender con ello cerrar espacios a la construcción teórico-práctica e incluso la crítica en torno a una figura que, de seguro, continuará evolucionando como lo viene haciendo a través del tiempo.

2. Conceptualización de la figura

En relación con las patologías del acto administrativo y sin pretender descender en detalles y categorizaciones que exceden el objetivo de este artículo de opinión, la tipología clásica distingue entre la inexistencia y la invalidez.

principio constitucional de inderogabilidad de los propios y favorables al administrado, la Administración debe acudir al procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública (cfr. Artículos 308 y siguientes), dentro del cual debe ofrecer todas las garantías al contratista, con miras a verificar la verdad real de los hechos y su derecho de defensa, para así, si es del caso, poder llegar a dictar válidamente un acto administrativo tendiente a anular dicha contratación, para lo cual se requiere el criterio favorable de éste Órgano Contralor, esto último conforme al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública y el numeral 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (...).

³ En idénticos términos, así lo establecía el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa (Ley n.º 7494 del 2 de mayo de 1995).

La primera corresponde a un concepto elaborado por la doctrina y desarrollado por la jurisprudencia, mediante el cual se hace referencia a un hecho material que no puede ser definido como un acto propiamente dicho, al no tener la naturaleza, condiciones y características de un acto administrativo en sentido estricto y que no tiene ningún fundamento jurídico, motivo por el cual se entiende que puede ser eliminado sin seguir ningún procedimiento.

Es decir, se está ante un hecho material que no se presume válido, que no tiene ejecutoriedad y del cual no se puede derivar ningún tipo de derecho, al punto que la acción para dirigirse en su contra es imprescriptible y puede -y debe- hacerse de oficio, ya que si la legalidad repudia la ilegalidad, con mayor intensidad su más absurda negación⁴.

Por su parte, la invalidez refiere a la disconformidad o inadecuación sustancial -originaria o sobreviniente- de un acto administrativo con el ordenamiento jurídico (artículo 128 de la LGAP), en relación con sus elementos subjetivos (competencia, investidura y legitimación), objetivos (motivo, contenido y fin) y formales (forma de expresión, procedimiento y motivación), cuya consecuencia es la nulidad.

Ahora bien, la figura de la contratación irregular rompe de alguna manera con esta tipología clásica de patologías del acto administrativo, incorporando una tercera categoría en la que el acto como tal existe; sin embargo y, pese a no ser conforme con el bloque de legalidad, no se toma como un acto inválido que deba ser anulado siguiendo las vías que contempla el ordenamiento jurídico para tal efecto.

Así las cosas, se aproxima a la invalidez como patología, en tanto también presenta una inconformidad con el ordenamiento jurídico, pero difiere de ella en sus consecuencias, ya que -tal y como se verá más adelante- se acota fundamentalmente en la imposibilidad de

hacer un pago al contratista (ya que lo que se le otorga es una indemnización) y en un reproche de responsabilidad⁵, sin las demás consecuencias propias de una declaratoria de nulidad⁶.

Luego, esta definición de efectos que no incluye la declaratoria de nulidad del contrato respectivo, responde a una ponderación del impacto que, en la satisfacción del interés público, representa una recepción positiva de un bien o servicio pero en inobservancia del ordenamiento jurídico, esto último producto de una omisión de las partes en verificar la legalidad de lo actuado en el proceso de compra.

En concreto, puede decirse entonces que esta figura es el resultado de un ejercicio de ponderación, en el que se dosifica el impacto que una contratación en tales condiciones tiene en relación con la satisfacción del interés público, con arreglo a lo cual, sin llegar a una declaratoria de anulación de la contratación⁷ que conduciría al no aprovechamiento de los fondos públicos utilizados y la no atención de la necesidad pública que motivó el inicio del proceso de compra, se establecen consecuencias económicas para el contratista y responsabilidades en los términos que se indican más adelante.

5 En tal sentido y en relación con un caso en el que hubo una contratación irregular, la Contraloría General señaló que (...) *de ese proceder de la Administración se derivan dos consecuencias. La primera, que el contratista debe reintegrar a la Administración lo percibido a título de lucro por el trabajo realizado. La segunda, a lo interno de la Administración deben determinarse los funcionarios responsables de propiciar la contratación irregular y conforme al debido proceso vigente en esa entidad, sancionar a quien corresponda* (...). Oficio n.º 2354 (DAGJ-291) del 11 de marzo de 2003.

6 En abono a esa diferenciación conceptual entre contrato irregular y contrato válido, tanto en su naturaleza como efectos, la Contraloría General en la resolución n.º 4979 (DC-0116) de las 15:00 horas del 9 de abril de 2018, que corresponde al consecutivo R-DC-030-2018, señaló que (...) *El contrato irregular despliega efectos, pero esos efectos están condicionados al recibo de la prestación efectiva y a la satisfacción de la entidad, lo que da pie a una indemnización al contratista, no a un pago, donde al menos se rebaja un 10% del monto cobrado, a título de rebajo del lucro, pero por otra parte, tiene efectos hacia los funcionarios que hicieron posible la contratación irregular, en el ámbito de las sanciones, sin que para ello, sea necesario decretar nulidades* (...). En el mismo sentido, en la resolución n.º 9869 (DC-0141) de las 8:00 horas del 5 de julio de 2021, que corresponde al consecutivo R-DCA-062-2021, el Órgano Contralor indicó que (...) *no se trata acá de anular los contratos, sino que la consecuencia del vicio en el procedimiento seguido para la contratación es que la misma resulta irregular y, por tanto, no procede pago sino una indemnización al contratista, en la cual no se puede reconocer la utilidad prevista, que de no poderse calcular, se deberá hacer una disminución del 10% sobre el monto ofertado. En tal sentido, no se requiere, ni se pretende por esta Contraloría General, declarar nulidades en este caso* (...).

7 En tal sentido, puede verse la resolución de la Contraloría General n.º 11505 (DC-0131) de las 14:30 horas del 12 de julio de 2024, la cual corresponde al consecutivo R-DC-0070-2024.

4 En relación con esta figura, puede verse la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n.º 85 de las 10:00 horas del 24 de diciembre de 1993, en la cual se formularon algunos elementos característicos de la inexistencia como patología y su desarrollo en la doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, tomando como base -en lo que interesa- un caso concreto en el que se otorgó la nacionalidad costarricense a una persona que no la solicitó, pese a lo cual apareció un número de asiento en la Sección de Opciones y Naturalizaciones.

Y esto último es particularmente relevante, habida cuenta que la ausencia total de una consecuencia supondría no solamente un contrasentido frente a la transgresión de disposiciones normativas, sino también una suerte de incentivo perverso a un incumplimiento normativo que no tendría entonces ningún efecto, lo cual podría generar la percepción de (...) *que las normas que precisan el régimen de contratación administrativa, pueden ser vulneradas, sin efecto asociado, lo que ciertamente, no puede cohonestar el Ordenamiento Jurídico ni este Tribunal, siendo que promovería la desaplicación del régimen de contratación, sin consecuencia jurídica alguna, dejando inmunes esas acciones (...)*⁸.

Por lo demás, este ejercicio de ponderación en materia de compras públicas no es nuevo ni extraño, ni siquiera tratándose de una nulidad y, muestra de ello, es el artículo 98 b) punto iv de la LGCA⁹, acorde con el cual si la contratación cuya adjudicación se impugna ha sido ejecutada o se encuentra en curso de ejecución, la sentencia favorable al accionante solo podrá reconocer el pago de los daños y perjuicios causados, descartando así otros efectos que no tendrían cabida en esta lógica de prevalencia del interés público, como podrían ser -por ejemplo- el derribo de la obra construida o la devolución del bien recibido a satisfacción por parte de la Administración.

3. Origen y evolución normativa de la figura en el derecho costarricense

En relación con el origen normativo de la contratación irregular en el derecho costarricense, y sin pretender extender el análisis a todos y cada uno los cuerpos normativos en los que han incorporado regulaciones referidas a la contratación pública de bienes y servicios, vale traer a colación el artículo 90 de la Ley de Administración Financiera de la República (Ley n.º 1279 del 2 de mayo de 1951), en el cual se dispuso lo siguiente:

Artículo 90.- Ninguna compra puede realizarse si

⁸ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 0168-2011-VI de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011.

⁹ Así lo establecía, en idénticos términos, el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa.

no existe partida que la autorice en el Presupuesto General ni tendrá valor alguno sin los requisitos que exige la presente ley. El Tesorero Nacional no extenderá, ni la Contraloría refrendará, giro alguno para el pago de compras o de otra clase de contratos que hubiesen sido hechos sin las formalidades de ley.

Como puede observarse, se trata de una norma que plantea de manera muy general, el sometimiento a las regulaciones normativas en materia de compras públicas, estableciendo que la contratación que no las cumpliera no tendría -según su letra- valor alguno, lo cual pareciera (y aunque sin decirlo de manera expresa) que refiere a un tema de validez, por lo que no podría afirmarse que dicho numeral fue la primera regulación normativa de la figura que nos ocupa.

No obstante, en el Reglamento de la Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo n.º 7576 del 23 de setiembre de 1977), específicamente en el artículo 272, sí encontramos una -y al parecer la primera- regulación normativa de la figura, la cual, si bien no lleva por título contratación irregular y de hecho no utiliza ese calificativo, señalaba que la recepción de suministros, obras, servicios u otros objetos efectivamente ejecutados y de buena fe con evidente provecho para la Administración, sin haber seguido los procedimientos formalmente establecidos, no conduce a la nulidad de lo actuado, pero sí a consecuencias económicas para el contratista en los siguientes términos:

Artículo 272.- Independientemente de las penas y responsabilidades que conforme a la Ley y al presente Reglamento alcanzan a los particulares, a quien se hubiere obligado con un ente público sin que se hayan seguido los procedimientos o extendido las autorizaciones correspondientes, no podrá serle reconocida compensación pecuniaria alguna, salvo en casos muy calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios u otros objetos, efectivamente ejecutados y de buena fe, con evidente provecho para la Administración, más en tal caso el pago no comprenderá el lucro; si éste fuere de difícil determinación, se rebajará a

*título del mismo un 10% del monto de la operación*¹⁰.

Esto, a su vez complementado, con el establecimiento de una sanción administrativa en contra del servidor público que, en relación con esa omisión de los procedimientos formalmente establecidos, incurriera -según se indicaba expresamente- en irregularidades atinentes a la contratación administrativa, tal y como lo estableció el artículo 273 de esa misma norma reglamentaria en los siguientes términos:

Artículo 273.- La Contraloría General procederá a formular las advertencias que estime pertinentes o a gestionar la suspensión o destitución del servidor público que incurra en irregularidades atinentes a la contratación administrativa, o que mediante dolo o inexcusable negligencia haya causado daño a la Administración o a las personas que contratan o suelen contratar con ésta, o puesto en peligro los intereses públicos. Los superiores jerárquicos quedan en la obligación de aplicar las sanciones administrativas así demandadas por el Órgano Contralor, bajo pena de quedar involucrados en la falta, con las consecuencias legales correspondientes.

En suma, puede indicarse que en este Reglamento de la Contratación Administrativa, se encuentra la primera regulación de la figura tal y como la conocemos actualmente, vinculada a la inobservancia de disposiciones normativas en materia de compras públicas, perfilando un esquema de distribución de consecuencias que se mantiene hasta el día de hoy, a saber, económicas para el contratista y administrativas para el servidor público, con las precisiones que se harán más adelante con base en las regulaciones normativas vigentes.

¹⁰ Tomando como referencia normativa ese artículo 272 del Reglamento de la Contratación Administrativa, la Contraloría General, en un caso concreto en el que hubo una contratación irregular, por no haberse tramitado el procedimiento respectivo, hizo ver que (...) *la Administración, bajo su entera y absoluta responsabilidad, debe determinar el costo puro y simple del bien o servicio, de acuerdo con los parámetros de mercado aplicables a la actividad, en forma razonada y documentada, rebajando, cuando así se haya indicado en la oferta, lo correspondiente a utilidad (siempre que corresponda a un margen razonable en relación con la actividad de que se trate), o bien, rebajando un porcentaje fijo a título de lucro de la operación, que razonablemente estableció la legislación anterior (artículo 272 del Reglamento de la Contratación Administrativa), en un 10% del monto total que comprenda esa contratación irregular (...).* Oficio n.º 13023 (DAGJ-297-99) del 12 de noviembre de 1999.

Vale mencionar, y es un aspecto que no debería ser leído a la ligera, que la normativa recién citada refería a suministros, obras y servicios efectivamente ejecutados, lo cual pareciera partir de un supuesto en el que no quedan prestaciones pendientes, es decir, que el contrato ya se ejecutó o incluso -en un supuesto aún más excepcional- que no hubo del todo contrato, pero el bien o servicio fue recibido a satisfacción.

Y la idea es así destacarlo, porque esta regulación no pareciera estar pensada para contratos en ejecución, en los que hay bienes pendientes de entregar y servicios por prestar, supuesto que abre una discusión en torno a qué hacer con ese contrato, respecto a lo cual las opciones de mantener su ejecución o interrumpirla no están exentas de señalamientos a favor y en contra.

En todo caso, como se dirá más adelante, debe tomarse nota que la LGCP incorpora una disposición expresa al respecto, estableciendo que, en tal supuesto, corresponde la resolución del contrato, lo cual descarta la opción que un contrato irregular en ejecución pueda seguir desplegando efectos hasta su finalización.

Ahora bien, luego de derogado el Reglamento de la Contratación Administrativa en 1996¹¹ y hasta el año 2006 -como se indica de seguido-, hubo un vacío normativo en relación con la figura y sus consecuencias, pese a lo cual su aplicación se mantuvo en la misma línea de la normativa derogada con sustento en pronunciamientos de la Contraloría General, en los cuales, amén de la particularidad de tomar el no reconocimiento del lucro como una sanción, se indicó que la ausencia de un fundamento normativo expreso no era una limitante, señalando que:

(...) De no actuarse de esa forma, estaríamos desnaturalizando el fin mismo de la contratación administrativa, ya que de no aplicarse esta sanción daría lo mismo actuar a derecho o fraudulentamente, de ahí que insistamos en que se debe sancionar tanto al contratista como a los funcionarios que actúen irregularmente en el trámite propio de un procedimiento de contratación. Si bien es cierto que la sanción de mérito no se encuentra contemplada,

¹¹ Dicha derogación se dio con motivo de la emisión del Decreto Ejecutivo n.º 25038-H del 6 de marzo de 1996, con fecha de rige 1º de mayo de 1996.

específicamente, en una norma jurídica, ésta se deriva, precisamente, de los principios generales de Derecho (...)¹².

Posteriormente, en el artículo 218 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo n.º 33411 del 27 de setiembre de 2006, vigente a partir del 4 de enero de 2007) -en adelante RLCA-, se incorporó una regulación expresa referida a la contratación irregular en los siguientes términos:

Artículo 218.-Deber de verificación. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido.

12 Contraloría General, oficio n.º 4193 (DAGJ-540) del 20 de abril de 2001. En igual sentido, en el oficio n.º 3985 (DAGJ-811-2004) del 19 de abril de 2004, la Contraloría General indicó que (...) *cabe señalar una vez más que la preocupación acerca de la inexistencia de norma legal que ampare ese tipo de pagos es injustificada, ya que tal como ha sido expuesto ampliamente, ante la laguna normativa que se reconoce, la solución que por principios constitucionales y legales se ha dado es, precisamente, el pagar los costos (artículos 7 y 16 de la Ley General de la Administración Pública).* No obstante, se hace ver que el Tribunal Contencioso Administrativo, en la resolución n.º 100-2009 de las 16:27 horas del 30 de octubre de 2009, en la que analizó un caso en el que la Administración rebajó el lucro de un contrato, en un momento en el que no había una norma legal que así lo permitiera, censuró el proceder de la Administración ya que, al considerar dicho rebajo como una sanción, la ausencia de un fundamento legal hizo que lo actuado fuera ilegal.

La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente.

Como puede observarse, en dicha norma reglamentaria se incorporaron varios elementos distintivos de la contratación irregular, tanto en los supuestos que conducen a su configuración como en sus consecuencias, aunque estas últimas referidas únicamente al contratista.

Vale mencionar, que en este recuento normativo se menciona primero el RLCA y no la LCA, habida cuenta que esta última, a pesar de haber sido emitida previamente, en su versión original del 2 de mayo de 1995 se limitó a establecer que es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación y la ejecución contractual y que, en virtud de dicha obligación, no podía alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa para fundamentar gestiones resarcitorias.

Luego, fue con la emisión de la Ley n.º 8511 del 16 de mayo de 2006 (vigente a partir del 4 de enero de 2007) denominada "Reforma a la Ley de Contratación Administrativa", que se incorporó en el artículo 21 de dicho cuerpo normativo un último párrafo en los siguientes términos:

Artículo 21.-Verificación de procedimientos.

(...) El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley¹³.

Es decir, fue con la modificación a la LCA en el año 2006 que las consecuencias de una contratación irregular, económicas para el contratista consistente

13 Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución n.º 1246-F-51-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009, hizo ver que (...) *es, mediante la reforma parcial introducida por la Ley no. 8511 de 16 de mayo de 2006 (vigente a partir del 4 de enero de 2007) que en la LCA se hace alusión a esa figura, tal y como lo consideró el Tribunal. Así, se adiciona el artículo 21, para establecer que el Reglamento "...definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley (...).*

en el no reconocimiento del lucro de la operación y, sancionatorias para el servidor que promoviera una contratación irregular, tuvieron finalmente fundamento en una norma legal, antes de lo cual -como se indicó supra- así se entendió y aplicó con base en pronunciamientos de la Contraloría General, al punto de señalarse que la reforma legal del año 2006 (...) *positivizó el reiterado pronunciamiento de la CGR respecto de esa figura* (...) ¹⁴.

Finalmente, se hace notar que el artículo 21 de la LCA no definió en detalle la contratación irregular, pues se trató de una regulación -si se quiere- mínima y referencial a lo que llegara a indicar el RLCA al respecto, lo cual marca una diferencia importante respecto a la LGCP, habida cuenta que en el numeral 103 de esta última sí se incorporó una regulación bastante más robusta de la figura -complementada con lo dispuesto en el numeral 279 de su Reglamento, en adelante RLGCP-, cuyos principales elementos serán mencionados más adelante.

4. Elementos distintivos¹⁵

Entendiendo que el contrato irregular, es aquel que (...) *surge del acuerdo entre la Administración y un contratista, que tiene por fin, la prestación de un servicio, pero con inobservancia de los procedimientos legales y reglamentarios necesarios para configurar una contratación regular* (...) ¹⁶, corresponde identificar -primero- cuáles son sus presupuestos o elementos característicos, para luego cotejar este listado con las regulaciones normativas vigentes, lo cual se hará en el siguiente apartado.

¹⁴ En tal sentido, puede verse la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n.º 1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009.

¹⁵ En relación con dichos elementos, puede verse -entre otras- las resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia n.º 1455-F-S1-2013 de las 9:10 horas del 31 de octubre de 2013, n.º 274-F-S1-2019 de las 15:00 horas del 26 de marzo de 2019 y n.º 764-F-S1-2019 de las 10:01 horas del 13 de junio de 2019. Por su parte, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, puede consultarse las resoluciones n.º 1730-2009 de las 8:10 horas del 25 de agosto de 2009, n.º 22-2011-VI de las 10:10 horas del 31 de enero de 2011, n.º 173-2011-VI de las 8:45 horas del 10 de agosto de 2011, n.º 242-2011-VI de las 16:10 horas del 8 de noviembre de 2011, n.º 33-2012 de las 14:00 horas del 30 de abril de 2012, n.º 101-2012-VI de las 15:20 horas del 4 de junio de 2012, n.º 48-2013 de las 10:30 horas del 28 de mayo de 2013, n.º 90-2013-IV de las 11:00 horas del 26 de setiembre de 2013, n.º 37-2014 de las 8:00 horas del 22 de mayo de 2014 y n.º 2024-3146 de las 9:51 horas del 15 de mayo de 2024.

¹⁶ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:15 horas del 30 de octubre de 2009.

4.1 Incumplimiento del deber (compartido) de verificación de legalidad del proceso de compra

Sin pasar por alto que en la normativa que ha venido regulando la figura, a saber, el Reglamento de la Contratación Administrativa, el RLCA y actualmente la LGCP y el RLGCP, ha sido una constante indicar que la verificación de legalidad del proceso de compra es un deber del contratista, sin mencionar que dicha revisión también es exigible a la Administración, lo cierto del caso es que se trata de un deber compartido.

Lo anterior tomando en cuenta que el contrato administrativo es una relación jurídica bilateral¹⁷, por lo que el deber de asegurar su conformidad con el ordenamiento jurídico se entiende como un deber exigible a ambas partes.

Bajo esta inteligencia, se ha indicado que (...) *Es precisamente por la bilateralidad propia en este tipo de negocios jurídico-administrativos, que el ordenamiento jurídico impone a ambas partes un deber de verificación, de apegarse y sujetar sus acciones al marco normativo que rige esta materia. En el caso de la Administración Pública, ello exige que la adquisición de bienes o servicios se realice con apego a los procedimientos previstos en la LCA y su reglamento* (...). En el caso del oferente, adjudicatario o contratista, según sea el caso, ese deber supone sujetarse a las normas del concurso, sin posibilidad de alegar desconocimiento de un sistema público y notorio de contratación administrativa (...) ¹⁸. (Se agregó el subrayado)

De esta manera, el contratista no podrá descargar en la Administración ese deber de verificación, argumentando que la decisión de promover una contratación no fue suya y aquella, por su parte, no podrá señalar que el interés de obtener un pago obliga a garantizar la legalidad de lo actuado y que, salvo que reciba una alerta expresa de una incorrección suya, no está obligada a soportar las consecuencias de una ilegalidad que no fue puesta en su conocimiento.

¹⁷ Contraloría General, oficio n.º 7179 (DAGJ-1682) del 20 de junio de 2005.

¹⁸ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 002-2023-VI de las 10:50 horas del 30 de enero de 2023. En igual sentido, pueden verse las resoluciones de ese mismo Tribunal n.º 0033-2012 de las 14:00 horas del 30 de abril de 2012 y n.º 038-2019-VI de las 11:40 horas del 5 de abril de 2019.

Por lo demás y en lo que refiere particularmente al contratista, este deber de verificación, que implica cotejar lo actuado en el proceso de compra con el ordenamiento jurídico globalmente considerado¹⁹, no puede ir más allá de lo razonable exigiéndole -incluso- que sustituya a la entidad en acciones propias de esta última.

En tal sentido, se ha hecho ver que (...) *no es cierto que se pretenda que el contratista tenga que verificar no sólo que las disposiciones procesales de la Ley de Contratación Administrativa se cumplan en el contrato y su ejecución, sino ir mucho más allá y cuestionar las decisiones de la Administración contratante. Lo que se le pide es algo básico y es corroborar que el procedimiento de contratación administrativa seguido se ajuste a la legalidad (...)*²⁰.

En suma, el carácter de irregular es el calificativo que se atribuye a un supuesto, en el que las partes contratantes incumplen su deber de verificar la legalidad de lo actuado en el proceso de compra, de lo cual y por mediar una suerte de culpa compartida o concurrente²¹ surgen consecuencias que deberían ser soportadas por ambas partes.

Cabe señalar, que esto último se plantea en términos de un deber ser, toda vez que, en relación con las consecuencias del incumplimiento al deber de verificación, desde el génesis normativo de la figura las mismas han recaído fundamentalmente sobre el contratista y los servidores públicos que participaron en el proceso de compra, no así sobre la Administración como tal, lo cual -como se retomará más adelante- impide afirmar que en nuestro medio tales consecuencias son soportadas por las partes contratantes.

19 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1019-F-2006 de las 16:25 horas del 22 de diciembre de 2006.

20 Contraloría General, resolución n.º 15186 (DC-0193) de las 12:00 horas del 15 de setiembre de 2022, la cual corresponde a consecutivo R-DC-094-2022.

21 Al respecto, la Contraloría General ha señalado que: (...) en estas situaciones se desarrolla lo que conocemos como culpa concurrente, mediante la cual ambas partes asumen su responsabilidad ante la negligencia de la Administración, por un lado, y la inobservancia de los procedimientos establecidos por parte del oferente (filosofía del numeral 21 de la Ley de Contratación Administrativa), norma que implícitamente contiene la sanción al precisar que "En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa (...). Oficio n.º 8558 (DAGJ-1326) del 6 de agosto de 2001.

4.2 Su consecuencia no es la nulidad del contrato

Tal y como se indicó supra, la creación de esta figura y la definición de cuáles son sus consecuencias constituye un ejercicio ponderativo, como parte del cual se excluye la nulidad de lo actuado en el proceso de compra, bajo la consideración que -si así fuera- el impacto para el interés público sería doble: la inobservancia del ordenamiento jurídico y, además, la nulidad de lo actuado, con todo lo que esto significa en tiempo, recursos y pérdida de una oportunidad para agregar valor mediante la gestión administrativa.

En ese tanto, la presencia de una contratación irregular sí, pero ejecutada en provecho del interés público, excluye planteamientos más extremos y fuera de la lógica y el ejercicio ponderativo al que responde su creación como serían, por ejemplo, el derribo del puente o la destrucción de la carretera ya construida, esto en nombre de un interés público que encontraría su más absurda negación.

Dicho en mejores términos, (...) *cuando se realiza el análisis del caso para determinar si un contrato es irregular o no, no se hace un estudio de validez del mismo, pues pese a la existencia de irregularidades procedimentales, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios que fueron de antemano pactados total o parcialmente con claro provecho para aquella, por lo que carece de sentido entrar a analizar la validez de un contrato que fue ejecutado a satisfacción (...)*²².

Siempre sobre el particular y tomando como base un procedimiento administrativo sancionatorio, referido a un contrato irregular, en el que una de las partes investigadas planteó como necesaria una declaratoria formal de nulidad del contrato, la Contraloría General señaló -en lo que interesa- que (...) *En materia de contratación administrativa, la ejecución de los actos hace que, desde un punto de vista jurídico, no siempre es factible su retroacción, por cuanto el contrato ya ha desplegado sus efectos y las prestaciones ya han sido ejecutadas. En este caso, las contrataciones, como*

22 Contraloría General, resolución n.º 7590-2019 (DJ-0624) de las 8:00 horas del 31 de mayo de 2019.

el mismo recurrente alega, ya han sido ejecutadas y según aduce con provecho para la entidad, pero ello no les quita su carácter irregular, porque la regularidad la confiere, entre otros elementos, uno que resulta indispensable en materia de contratación pública, el procedimiento, elemento que justamente es desatendido por todos los funcionarios municipales. En el caso bajo estudio el examen se ha centrado en la observancia de los procedimientos, confrontando lo actuado con la normativa existente al efecto, no así en los efectos jurídicos que esa situación haya podido generar en el contrato, pues el interés no es pretender su nulidad (...)»²³.

Es decir, amén de estar ante la presencia de vicios que se entienden como no invalidantes de lo actuado en el proceso de compra, los efectos de la irregularidad no se trasladan ni recaen -al menos no de manera directa- sobre el interés público, sino sobre el contratista y los funcionarios que participaron en el proceso de compra.

Todo esto, claro está, no debe llevarnos a pasar por alto que las fronteras entre la irregularidad e invalidez, al compartir origen en una desconformidad con el ordenamiento jurídico, no siempre son evidentes y bien pueden presentarse casos concretos, en los que razonablemente puede surgir la duda de cuál es la patología que se ha configurado.

Finalmente, vale indicar que la figura de la contratación irregular no permite obviar, el obligatorio examen de validez de las actuaciones en un proceso de compra, en relación con lo cual se ha señalado que (...) *La contratación irregular es una calificación propia de nuestro ordenamiento interno, que no encuentra su homólogo en la legislación extranjera y que pretende desestimular a través del efecto económico la inobservancia del sistema, incluidos los procedimientos de contratación, pero que no resuelve todos los vicios que pueden darse, ni tampoco puede estimarse que obliga a abandonar el examen de legalidad previsto en el artículo 6 de la Ley de Contratación Administrativa, en lo que al régimen de nulidades se refiere (...)»*²⁴.

En una palabra, el análisis de validez del contrato como parámetro obligatorio de medición de su conformidad con el ordenamiento jurídico, por más que se trate de actos de un proceso de compra y medie la satisfacción de un interés público, no puede ni debe ser dejado de lado.

4.3 Presencia de vicios graves (no invalidantes) en el proceso de compra

Con vista en lo indicado supra, al momento de hacer un repaso histórico del origen y evaluación normativa de la figura en el derecho costarricense, la noción -expresa o implícita- de vicio grave aunque no invalidante de lo actuado en relación con la observancia de las regulaciones normativas aplicables, ha sido una constante.

Esto, que se desprende de la lectura de las normas antes citadas, tiene todo un sentido en el diseño y conceptualización de la figura, acotada a vicios graves y evidentes (de fácil constatación si se prefiere el término), lo cual impone un límite a pretender que cualquier incorrección normativa en el proceso de compra genera un contrato irregular.

Y, he aquí, uno de los aspectos que -como se indicará en el apartado de conclusiones y reflexiones- constituye un parámetro de referencia en el entendimiento de la contratación irregular ya que, si los vicios tienen que ser graves y evidentes, toda lectura que apunte a su aplicación a cualquier tipo de infracción normativa y que con ello conduzca a un ensanchamiento de la figura, estaría desbordando sus límites naturales.

Resta apuntar, que se trata de vicios calificados que pueden presentarse durante el proceso de compra globalmente considerado, sea en una etapa previa a la formalización del contrato o incluso en su ejecución, de manera que la contratación irregular (...) *no se agota en las deficiencias que puedan generarse en la etapa pre-contractual, pues se extiende al curso de la ejecución del contrato*²⁵ (...).

23 Contraloría General, resolución n.º 12502 (DC-0334) de las 13:00 horas del 31 de agosto de 2015, la cual corresponde al consecutivo R-DC-111-2015.

24 Contraloría General, resolución n.º 11401 (DC-0242) de las 15:00 horas del 1º de agosto de 2019, la cual corresponde al consecutivo R-DC-076-2019.

25 Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 033-2012-VI de las 14:00 horas del 30 de abril de 2012.

4.4 Buena fe y ejecución en provecho de la Administración

Otro de los elementos constitutivos de la contratación irregular es la existencia de buena fe, elemento que si bien ordinariamente se particulariza en el contratista, también resulta extensivo -desde luego- a la Administración, de ahí que la figura y sus efectos -léase aprovechar el bien o servicio recibido a satisfacción y un reconocimiento económico a favor del contratista-, no aplicarían en supuestos en los que se logre demostrar, que las partes conocían la existencia del vicio grave que se dio en el proceso de compra.

Por lo demás, la buena fe se presume, de manera que la ausencia de la misma es un aspecto que le correspondería verificar a la Administración.

A esto se suma como viene siendo señalado, la necesaria existencia de una entrega del bien o el servicio a satisfacción de la Administración, en relación con la cual se ha optado por (...) *adoptar una solución, no lejana a la que el derecho común ha dispuesto para los cuasi contratos: el disponer de un reconocimiento económico a quien haya ejecutado una prestación a fin de no enriquecerse sin causa, situación que se supedita en el ámbito público, a que la prestación haya sido ejecutada en provecho y a satisfacción de la Administración (...)*²⁶.

Es decir, se está ante un supuesto en el que (...) *a pesar de una anomalía en el procedimiento, la Administración percibe de manera efectiva y de buena fe, bienes o servicios (previamente pactados), parcial o totalmente, con claro provecho para ella (...)*²⁷.

Nótese que, recibir a satisfacción el bien o el servicio no significa otra cosa, que alcanzar la finalidad pública que justificó el inicio del proceso de compra, lo cual marca una diferencia importante con el régimen de nulidades, habida cuenta que la no realización del fin por la ausencia o imperfección en uno de los elementos del acto o contrato es -justamente- uno de los aspectos

característicos de la nulidad absoluta²⁸.

En suma, amén de la buena fe de las partes, debe estarse ante una prestación contractual en aprovechamiento del interés público ya que, si así no fuera, sumado a la presencia de una grave infracción del ordenamiento jurídico, no habría razón que justifique un reconocimiento económico al contratista, ni siquiera a título de indemnización como se indica a continuación.

4.5 La retribución económica al contratista se da a título de indemnización y no de pago

La razón de esto es conceptual, ya que el pago es la contraprestación a una obligación contractual cumplida en observancia del ordenamiento jurídico, lo cual -conforme viene siendo indicado- no se da en el caso de una contratación irregular²⁹.

Ahora bien, en cuanto a las razones que dan pie a un reconocimiento económico indemnizatorio al contratista, destacan la equidad y evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración, ya que de lo contrario, además de verse beneficiada por la entrega del bien o el servicio y así poder satisfacer la necesidad pública que originó el proceso de compra, no tendría que realizar ninguna erogación económica.

Luego, este enriquecimiento ilegítimo de la Administración generaría como efecto directo, una afectación patrimonial al contratista que no estaría obligado a soportar y que rompería el equilibrio económico de la relación contractual, toda vez que, más allá de la inobservancia del deber de verificación de legalidad del proceso de compra en la que también incurrió, la entrega del bien o el servicio lógicamente supone costos que no le estarían siendo retribuidos.

En suma, mediante esta indemnización se procura evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración, la cual podría gestionar adrede contrataciones irregulares, con el objetivo de obtener

26 Contraloría General, resolución n.º 4979 (DC-0116) de las 15:00 horas del 9 de abril de 2018, la cual corresponde al consecutivo R-DC-030-2018.

27 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009.

28 Ley General de la Administración Pública, artículo 167.

29 En cuanto a las diferencias conceptuales entre pago e indemnización, puede verse -entre otras- la resolución del Tribunal Contencioso Administrativo n.º 0168-2011-VI de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011.

un beneficio indebido aprovechándose de su propia conducta desviada y, además, en razones de *equidad*, pues estas contrataciones suponen la concurrencia del *particular* en la no verificación de legalidad de la contratación respectiva³⁰.

Huelga destacar, que esta indemnización en favor del contratista excluye el lucro de la operación, lo cual se estima razonable y en línea con la lógica que informa la figura, ya que de lo contrario se estaría ante una suerte de incentivo perverso, en tanto el régimen de contratación pública podría ser inobservado sin consecuencias económicas para el contratista³¹.

4.6 Régimen de consecuencias de la contratación irregular

Hasta ahora, se viene indicando que la ponderación del interés público marca la creación de la figura de la contratación irregular y que, precisamente, esa ponderación lleva a buscar una salida alternativa y complementaria a la nulidad, cuando hay de por medio buena fe de las partes y un bien o servicio recibido a satisfacción de la Administración.

Ahora bien, la definición de un esquema de consecuencias constituye el último de los elementos constitutivos de esta figura, cuyos destinatarios deberían ser las partes contractuales, no solo por estar ante una relación bilateral sino también por mediar una culpa concurrente en la inobservancia del ordenamiento jurídico³².

Es decir, si en circunstancias normales de respeto a la legalidad los beneficios en esa relación bilateral son compartidos, en la anormalidad o irregularidad

no habría razón para que esto sea diferente³³, bajo la consideración adicional que un régimen de consecuencias compartido, contribuye a evitar que la inobservancia de la normativa -por carecer de consecuencias- se pueda convertir más bien en una especie de incentivo perverso.

No obstante, si bien en nuestro medio existe ese régimen de consecuencias, las mismas recaen fundamentalmente en el contratista y en los funcionarios que participaron en el proceso de compra, no así en la Administración.

Así, en el caso del contratista se establece como consecuencia el no reconocimiento del lucro de la operación, a lo cual, conforme a la normativa actual según se verá en el siguiente apartado, se suma la resolución del contrato si este se encuentra en ejecución, una posible inhabilitación para contratar con toda la Administración Pública y obligaciones resarcitorias en caso que su accionar haya causado un daño.

Luego, en el caso de los servidores públicos, la consecuencia viene dada por el eventual dictado de una sanción administrativa de apercibimiento escrito (amonestación), suspensión sin goce de salario o estipendio hasta por tres meses y despido sin responsabilidad patronal o cancelación de credenciales sin responsabilidad para el Estado, a lo cual podría sumarse el establecimiento de una responsabilidad civil³⁴ por daño e incluso penal, al tratarse de ámbitos de la responsabilidad que no son excluyentes entre sí³⁵.

Se está entonces, ante un claro desequilibrio en lo que refiere a la asignación de consecuencias por la omisión de verificación tantas veces mencionada, ya que -en lo que refiere al ámbito público- lo que se establece es una falta personal del servidor público pero, tratándose

30 Contraloría General, oficio n.º 7179 (DAGJ-1682) del 20 de junio de 2005.

31 Contraloría General, oficios n.º 1483 (DGCA-1555-96) del 21 de noviembre de 1996 y n.º 7179 (DAGJ-1682-2005) del 20 de junio de 2005.

32 En tal sentido, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha señalado que (...) *la figura pretende resolver la controversia mediante reglas que permitan una resolución equitativa acorde a un principio de buena fe, equidad en la distribución de las cargas contractuales y en aplicación de la máxima del no enriquecimiento sin causa, de modo que ni el contratista se beneficie ilegítimamente pese a la infracción a los procedimientos, ni la Administración obtenga ventaja de su funcionamiento anormal o conducta ilícita, recibiendo a satisfacción un determinado bien y servicio, sin que se indemnice por éstos. Implica entonces, un trato justo que distribuye entre los actores la responsabilidad por haber actuado en disonancia de las normas que rigen la contratación pública (...).* (Resolución n.º 33-2012 de las 14:00 horas del 30 de abril de 2012).

33 Al respecto, se ha indicado que (...) *en el contrato administrativo existe un equilibrio en lo relativo a la responsabilidad, ya que en los supuestos donde haya irregularidades en el procedimiento concursal, se comparte la responsabilidad entre la Administración y la persona contratista (...).* (Rojas Rivera, Alex. El contrato administrativo irregular. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica n.º 122, 2018).

34 En relación con la posibilidad de establecer una responsabilidad civil, en contra de un funcionario público por no haber retenido el lucro de la operación a un contratista irregular, sea de manera individual o bien solidaria con dicho contratista, puede verse el artículo de opinión del licenciado Esteban Villalobos Fernández denominado “¿Existe responsabilidad civil para los servidores públicos respecto a las contrataciones irregulares?”, publicado en la Revista de Derecho de la Hacienda Pública, Volumen X (2018).

35 Sala Constitucional, resolución n.º 1265 de las 15:36 horas del 7 de marzo de 1995.

de la Administración como tal, no es fácil identificar un efecto negativo -al menos directo- para esta última vinculado a la inobservancia del ordenamiento jurídico en el proceso de compra.

Y esto se dice porque, en suma, la Administración recibe a satisfacción el bien o servicio que requería para satisfacer una necesidad pública determinada y, además, no tiene que pagar el lucro de la operación, lo cual significa pagar menos a pesar de haber recibido el objeto pactado, con salvedad de la resolución del contrato si este se encuentra en ejecución, lo que pareciera que sí trae consigo un impacto en la gestión y recursos de la entidad promovente.

5. La contratación irregular en la LGCP y su Reglamento

La LGCP (artículo 103) y el RLGCP (numeral 279) contienen regulaciones específicas respecto a la contratación irregular, las cuales se transcriben de seguido:

Artículo 103- Contratación irregular.

El contrato se tendrá como irregular cuando en su trámite no se haya seguido el procedimiento correspondiente, se haya aplicado de manera ilegítima alguna de las excepciones o se hubiera infringido el régimen de prohibiciones de la presente ley.

Se impone como obligación del contratista verificar todo lo anterior. En virtud de esta obligación, para fundamentar sus gestiones resarcitorias, el contratista no podrá alegar desconocimiento de la normativa aplicable.

En caso de contratos irregulares no podrá ser reconocido pago al contratista. En supuestos en los cuales se hubiera ejecutado parcial o totalmente la prestación a entera satisfacción, podrá reconocerse al contratista una indemnización, de manera que se descontará la utilidad prevista de la operación y en caso de que ésta no pudiera ser precisada, se rebajará el diez por ciento del monto cotizado en la oferta respectiva. Asimismo, la resolución de pago ordenará la investigación para determinar si procede dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y/o resarcitorio en contra del

contratista y de un procedimiento administrativo en contra de los funcionarios que recomendaron o adjudicaron la contratación irregular, conforme a lo previsto en el artículo 125 de esta ley.

Artículo 279. Contratación Irregular. El contrato se tendrá como irregular, conforme a lo previsto por el artículo 103 de la Ley General de Contratación Pública, únicamente cuando:

a) En su trámite no se haya seguido el procedimiento correspondiente conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley General de Contratación Pública.

b) Se haya aplicado de manera ilegítima una excepción de las previstas en la Ley General de Contratación Pública.

c) Se hubiere infringido el régimen de prohibiciones establecido en la Ley General de Contratación Pública.

En caso de contratos irregulares no podrá ser reconocido pago al contratista. En supuestos en los cuales se hubiera ejecutado parcial o totalmente la prestación a entera satisfacción, la Administración podrá reconocerle al contratista una indemnización, a fin de no incurrir en un enriquecimiento sin causa, de manera que se descontará la utilidad prevista de la operación y en caso de que ésta no pudiera ser precisada, se rebajará el diez por ciento (10%) del monto cotizado en la oferta respectiva.

La resolución de pago ordenará la investigación para determinar si procede dar inicio a un procedimiento administrativo sancionatorio y/o resarcitorio en contra del contratista y en el caso de los funcionarios que recomendaron y de los que adoptaron el acto de adjudicación de la contratación irregular se determinará si procede dar inicio a un procedimiento por responsabilidad administrativa, según lo indicado en los artículos 125 y 127 de la Ley General de Contratación Pública.

El procedimiento para sancionar al contratista se sujetará a las reglas previstas en el artículo 121 de la Ley General de Contratación Pública y en tal caso, abarcará tanto la sanción administrativa, como el resarcimiento civil.

Visto su contenido, se procede de seguido a destacar los principales elementos de la LGCP y el RLGCP en torno

a la figura de interés, máxime la existencia de cambios importantes en relación con lo que disponían la LCA y el RLCA, esto acompañado de algunas observaciones en torno a los mismos.

5.1 Se establecen supuestos taxativos de contratación irregular

Tomando en cuenta lo que establecía el artículo 218 del RLCA, en el sentido que el contrato se tendrá como irregular cuando en su trámite se incurra en vicios graves, evidentes y de fácil constatación, tales como la omisión del procedimiento correspondiente, recurrir de manera ilegítima a alguna excepción y la ejecución de contratos sin contar con el refrendo o aprobación interna cuando así sea exigido, dicha redacción daba pie a entender que esos supuestos eran generadores de una contratación irregular, pero no los únicos.

Esto, porque la normativa establecía que vicios graves, evidentes y de fácil constatación determinaban la configuración de una contratación irregular, amén de que, antes de indicar los supuestos ya señalados, la norma utilizaba los términos “tales como”, dando a entender que se trataba de vicios que típicamente encuadran en esa categoría de grave y evidente, sin establecer expresamente que eran los únicos.

Ahora bien, la LGCP y el RLGCP traen consigo un cambio importante, no solo porque se incorpora un nuevo supuesto de contratación irregular expresamente referenciado, como es la infracción al régimen de prohibiciones, sino también por el uso de un término que no deja dudas de que estamos ante una lista taxativa y no abierta.

En concreto, y luego de indicar los supuestos de no seguir el procedimiento correspondiente, aplicar de manera ilegítima una excepción e infringir el régimen de prohibiciones, el RLGCP advierte que el contrato se tendrá por irregular únicamente en esos tres supuestos.

Luego, esto no significa que la figura ya no se encuadra en vicios graves y evidentes, porque esto sigue siendo -conforme se indicó- uno de sus elementos configuradores por definición, pero sí que, en aplicación de la normativa vigente, no se podría declarar como

irregular una contratación en un supuesto distinto a los expresamente regulados; aunque sí reprochar con otras consecuencias, claro está, la inobservancia a regulaciones de la normativa en la materia.

Vale mencionar, que la infracción del régimen de prohibiciones como supuesto generador de un contrato irregular merece una mención especial, al estarse ante un cambio importante en las consecuencias que el legislador ordinario ha definido a dicha transgresión, toda vez que en el artículo 25 de la LCA se establecía que la violación de dicho régimen provocaba -más bien- la nulidad absoluta del contrato³⁶.

En definitiva, la definición de la consecuencia derivada de la infracción al régimen de prohibiciones es un extremo de libre configuración del legislador ordinario, sin embargo, se hace ver la importante diferencia que al respecto establece la normativa vigente en relación con la LCA.

No se omite mencionar que, en cuanto la ejecución de contratos sin contar con el refrendo o aprobación interna cuando así sea exigido, expresamente señalado como supuesto de contratación irregular en el artículo 218 del RLCA, la discusión de si el mismo se mantiene o no vigente luego de la entrada en vigencia de la LGCP está abierta, no por el hecho de haber estado regulado en una norma reglamentaria hoy expresamente derogada³⁷, sino por su incorporación en una norma legal, como es el artículo 4 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (Ley n.º 9665 del 21 de febrero de 2019) en los siguientes términos:

36 En tal sentido, mediante el oficio n.º 3746 (DJ-1536) del 27 de abril de 2010, la Contraloría General atendió una consulta en la que se le planteó la posibilidad de considerar o no irregular, una contratación en la que el contratista se encuentre sujeto al régimen de prohibiciones, respecto a lo cual se hizo ver -conforme al artículo 25 de la LCA- que en tal supuesto la consecuencia es la nulidad y no una contratación irregular, indicando al efecto que: (...) *por disposición expresa del legislador, todo procedimiento que haya sido adjudicado a un contratista en contravención al régimen de prohibiciones, está viciado de nulidad absoluta, en los términos que se indican en el artículo 25 de Ley de Contratación Administrativa. En ese sentido, tenemos que la propia normativa establece que en estos casos, debe sancionarse tanto al adjudicatario de dicha contratación como al funcionario responsable de la misma; sanciones previstas en los artículos 93 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, en concordancia con el artículo 212 y siguientes del Reglamento a la misma. En conclusión, la sanción dispuesta por la normativa legal y reglamentaria, es precisamente la nulidad absoluta, dada la trascendencia que tiene el régimen de prohibiciones en la materia; por lo que no existe margen para disponer otra interpretación (...).*

37 Ver artículo 327 del RLGCP.

Artículo 4- Sanción a los contratistas.

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa y que el contrato sea remitido al refrendo a la instancia competente para la obtención del requisito de eficacia. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

En caso de la ejecución sin refrendo, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados con arreglo a los principios de la materia, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá la utilidad prevista en la estructura de su oferta, la que en caso de ser desconocida se estimará en un diez por ciento (10%) del monto total del contrato (...).

Al respecto, nótese que este numeral no indica expresamente que la ejecución de contratos sin contar con el refrendo o aprobación interna convierte el contrato en irregular, aunque sí aborda el deber de verificación, la imposibilidad de reconocer el lucro al contratista y el rebajo del diez por ciento en los mismos términos que las normas que han venido siendo mencionadas, amén de que se trata de una norma legal que no fue -al menos no expresamente- derogada por la LGCP³⁸.

En suma y sin afán de profundizar al respecto, se trata de un asunto ciertamente opinable, pues a los argumentos de una posible derogación tácita, por existir una norma del mismo rango y posterior que no incorpora el supuesto de interés, bien podría contraponerse una línea de criterio que vea en la Ley n.º 9665 una norma de carácter especial, que no fue expresamente derogada y que no podría así entenderse, por el simple hecho de que una norma de rango inferior, como es el artículo 327 del RLGP, haya dispuesto la derogación del RLCA y (...) *cualquier otra que se le oponga (...).*

Por otra parte, y pese a que en la LGCP y el RLGP no se establece un procedimiento específico para declarar

un contrato irregular, aunque sí -claro está- para aplicar sanciones al contratista y servidores públicos derivadas de la infracción de sus disposiciones, la configuración de los supuestos antes mencionados en un caso concreto debe estar debidamente acreditada en una resolución administrativa, en la cual -como mínimo- debería indicarse el supuesto respectivo y los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que así lo demuestran, lo cual resulta especialmente importante dadas las consecuencias derivadas de una contratación irregular.

Luego y derivado de lo anterior, el vicio debe ser declarado como tal por la Administración³⁹ con la mayor diligencia posible, pues la inacción podría conducir a realizar "pagos" que en realidad debieron corresponder a una indemnización excluyendo el lucro de la operación, en cuyo caso -y con la diligencia que no se tuvo en la verificación de legalidad y en la declaración de irregularidad- deberán realizarse las acciones de recuperación que en derecho correspondan.

Esto último se subraya, porque la idea que sostiene la figura desde sus orígenes normativos es no reconocer el lucro de la operación, lo cual -en un orden lógico de actuaciones- debería conducir a la declaración del contrato como irregular y luego a la indemnización, por lo que, en caso que se haya hecho un pago previo, las diligencias de recuperación deberían ser inmediatas, procurando el reintegro al erario de sumas que no debieron haber sido canceladas.

Siempre sobre el particular y, acotado claro está al tema indemnizatorio y no a otras posibles consecuencias, pueden dibujarse al menos cuatro escenarios, cada uno con características distintas que generarían acciones de la Administración igualmente diferentes.

- a. En primer lugar, un supuesto en el que no hubo contrato del todo, la Administración recibió a satisfacción el bien o servicio y no se ha hecho reconocimiento económico alguno al contratista, en cuyo caso lo que corresponde es el otorgamiento de una indemnización por costos sin incluir el lucro de la operación.

³⁹ Esto no excluye -desde luego- la posibilidad que un órgano de control externo como es la Contraloría General, pueda declarar un contrato como irregular y las responsabilidades que correspondan.

³⁸ Ver artículo 135 de la LGCP.

b. En segundo término, un supuesto en el que indistintamente de si hubo o no contrato, la Administración recibió a satisfacción el bien o servicio y pagó la totalidad del monto de la contratación, en cuyo caso y conforme a lo indicado, las diligencias de recuperación del lucro de la operación deben ser inmediatas.

c. Un tercer supuesto corresponde a la existencia de un contrato en el que, de previo a su ejecución, se detecta alguno de los vicios que establece la normativa, en cuyo caso no corresponde ningún tipo de reconocimiento económico al contratista.

d. Por último, un supuesto en el que durante la ejecución del contrato y sin que este haya finalizado, se detecta alguno de los vicios que establece la normativa, en cuyo caso de manera inmediata debe procurarse la recuperación del lucro de la operación.

Resta señalar, que se está ante el reconocimiento de un vicio acaecido previamente y que, en ese tanto, tiene un efecto declarativo y no constitutivo, ya que -si fuera esto último- hasta que el contrato se tenga como irregular -en relación con lo cual puede mediar una acción tardía incluso consciente o una inacción del todo-, lo que se hubiera cancelado previamente al contratista se tendría hecho a título de pago y no de indemnización.

5.2 Deber de verificar la legalidad del proceso de compra

En la misma línea que la LCA, la legislación vigente establece de manera expresa como un deber del contratista verificar la legalidad del proceso de compra, en virtud de lo cual y para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento de la normativa aplicable.

Aún más, cuando en el artículo 14 de la LGCA se establece como una de las obligaciones del contratista, someterse plenamente al ordenamiento jurídico costarricense, debiendo verificar que lo actuado en el proceso de compra sea conforme a derecho.

Ahora bien, el hecho de no encontrar en la LGCP y en

el RLGCP una disposición expresa en cuanto al deber de verificación por parte de la Administración, no significa que dicho deber no sea extensivo a esta última ya que, amén de ser una exigencia casi que de principio⁴⁰ derivada de la bilateralidad de la relación contractual, hay varias razones que así lo sustentan.

En primer lugar, una razón de orden lógico, que viene dada por ser quien promueve el proceso de compra y la encargada de atender la necesidad pública que justificó su inicio, lo cual hace exigible la verificación de legalidad⁴¹ de todo lo actuado y, en segundo término, el hecho de que el artículo 125 de la LGCP establece, justo en relación con los supuestos que configuran una contratación irregular, sendas conductas esperadas de parte de los agentes públicos que conforman la Administración.

En concreto, se establecen -entre otras- como causales de responsabilidad de los funcionarios públicos, evadir los procedimientos ordinarios, cuando no se haya seguido el procedimiento correspondiente o se utilicen de manera indebida las excepciones establecidas (inciso e); participar -directa o indirectamente- en un procedimiento de contratación pese a estar cubierto por el régimen de prohibiciones y no verificar, en el registro de declaraciones juradas, la declaración rendida por los oferentes o subcontratistas (inciso g), lo cual también

40 Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha indicado que (...) *La potestad de verificación y corrección de la contratación administrativa es una potestad indeclinable de la Administración Pública, en orden a lo establecido por los preceptos 59 y 66 de la LGAP. No podría sostenerse la negación de la responsabilidad pública en verificar la corrección de los procedimientos. El citado canon 21 no puede tenerse como una norma que imponga esa carga solo al contratista, entendiendo que por tal está obligado a indicarle a la Administración que está actuando de manera indebida. Una interpretación en esa línea llevaría a supuestos en los que la Administración se beneficia de su propia inercia, de su descuido y hasta de su propia ineficiencia, aspecto que con claridad, no puede cohonestarse. La correcta comprensión de ese mandato estriba en la carga bilateral de buscar el apego a los procedimientos, carga que en el caso de la Administración, aún ante la ausencia de una norma como la comentada, sería de principio (...).* (Resolución n.º 0168-2011-VI de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011).

41 En tal sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha hecho un especial énfasis, en esa verificación de legalidad por parte de la Administración, señalando que (...) *también la Administración por obligación legal ésta se sujeta al principio de legalidad y debe observar con celo los requisitos necesarios e indispensables para que el contrato nazca a la vida jurídica y pueda ser puesto en ejecución. Presunción admisible en beneficio del administrado contratista, pues la Administración cuenta para el cumplimiento de sus fines con personal especializado, cuerpos asesores jurídicos y técnicos en diferentes materias; así, la inobservancia de los requisitos legales de forma y fondo es más grave entratándose de la Administración, mientras el particular por lo general no cuenta con esos recursos, sino solamente con la voluntad de contratar y la de obtener beneficios derivados de la negociación (...).* (Resolución n.º 003-F-91 de las 14:30 horas del 16 de enero de 1991).

está relacionado con la observancia de dicho régimen.

En ese tanto, la regulación de estas conductas como causales de responsabilidad de los servidores públicos, lleva implícito un mandato legal expreso de diligencia y corrección, que se traduce en la verificación de legalidad de sus actuaciones, de manera que la LGCP y el RLGCP, lejos de no establecer el deber de verificación de parte de la Administración, lo refuerzan estableciendo que su inobservancia también es fuente de responsabilidad.

Por lo demás, esto se complementa con los principios de integridad, eficacia y eficiencia (artículo 8 de la LGCP), acorde con los cuales el uso de los fondos y bienes públicos y la conducta de todos los sujetos que intervienen en la actividad de compras públicas deben responder al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos institucionales y a la satisfacción del interés público, aseguramiento que viene dado -precisamente- por el cumplimiento del ordenamiento jurídico globalmente considerado.

Finalmente, en el artículo 10 de la LGCP se establece que todas las actuaciones que realicen los funcionarios de la Administración, con ocasión de la actividad de contratación pública, deberán realizarse -en lo que interesa- de manera proba, lo cual debe ser leído en relación con los artículos 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento ilícito en la Función Pública y 1° punto 14. d) de su Reglamento, acorde con los cuales uno de los componentes del deber de probidad es, justamente, administrar los recursos públicos con apego al principio de legalidad.

5.3 Indemnización (y no pago) al contratista

Retomando lo indicado líneas atrás, en cuanto a que la existencia de un vicio grave -aunque no invalidante- en el proceso de compra, como es no seguir el procedimiento correspondiente, aplicar de manera ilegítima una excepción o infringir el régimen de prohibiciones, impide realizar un pago al contratista, en tanto el pago como contraprestación natural se da cuando lo actuado es conforme con la normativa aplicable, la LGCP y el RLGCP dejan en claro que al contratista irregular no se le reconoce un pago propiamente dicho.

En ese tanto y condicionado, claro está, a que se hubiera ejecutado la prestación contractual a entera satisfacción de la Administración y que haya de por medio buena fe de ambas partes, la normativa precisa que lo que se podrá reconocer al contratista es una indemnización.

Ahora bien, en relación con tal indemnización, la LGCP y el RLGCP mantienen la fórmula de la normativa anterior, en el sentido que no podrá incluir la utilidad prevista de la operación y que, en caso de que ésta no pueda ser precisada por no haber sido indicada en el desglose del precio, se rebajará el diez por ciento del monto cotizado en la oferta.

Vale destacar esto último, ya que la normativa vigente trae consigo un cambio importante en relación con la LCA y el RLCA, habida cuenta que se trata del diez por ciento del monto cotizado en la oferta y, ya no sobre el monto total, tal y como lo indicaba el artículo 218 del RLCA.

Finalmente, ese rebajo del diez por ciento no opera de manera automática, ya que la normativa establece un paso previo que, a modo de condicionante, impide su aplicación mecánica, como es la indagación y determinación de la utilidad de la operación, habida cuenta que se está ante (...) *un supuesto de excepción, que dentro de la literalidad de la norma se encuentra sujeto a un presupuesto condicionante que consiste en la imposible determinación del lucro (...)*⁴².

Es decir, la Administración está obligada a motivar las razones que imposibilitaron la determinación del lucro real esperado y que la llevaron a aplicar la presunción establecida en la normativa.

5.4 Esquema de responsabilidades

Por último, en relación con el tema de responsabilidades asociadas a una contratación irregular, la normativa vigente trae consigo un mayor nivel de precisión y cambios respecto a lo que en su momento estableció la LCA.

42 Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 0168-2011-VI de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011.

Al respecto e iniciando con el contratista, la LGCP y el RLGCP establecen que la participación en un contratación irregular, puede dar pie al establecimiento de una sanción administrativa y también una responsabilidad de tipo civil, esto, sin embargo, mediante una técnica legislativa que no pareciera la más adecuada, al referenciar a un procedimiento administrativo *sancionatorio y/o resarcitorio*, lo cual puede generar la inquietud de si se trata de responsabilidades excluyentes o si, más bien, la idea fue reconocer la posibilidad de responsabilidades tanto en el ámbito administrativo como civil.

No obstante lo anterior, teniendo presente lo que establece el artículo 118 de la LGCP, la referencia a *sancionatorio y/o resarcitorio* debe ser entendida en términos no excluyentes, habida cuenta que en dicho numeral se dispone que, en relación con sujetos particulares, las sanciones indicadas en esa norma legal no excluyen la imposición de sanciones penales ni la posibilidad de exigir la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados a la Administración.

En todo caso, en esa misma línea el artículo 279 del RLGCP dispone, que el procedimiento para sancionar al contratista se sujetará a las reglas previstas en el numeral 121 de dicha norma legal y que, en lo que interesa, abarca tanto la sanción administrativa como el resarcimiento civil, lo cual refuerza la inexistencia de una exclusión en los ámbitos de responsabilidad.

Por lo demás, siempre en cuanto a un eventual resarcimiento civil por parte del contratista irregular, este pareciera circunscribirse -conforme al artículo 279 recién mencionado- a un supuesto en el que se genera un daño a la Administración y no, a la exclusión en el reconocimiento del lucro de la operación, habida cuenta que esto último no constituye -en sentido estricto- una sanción propiamente dicha⁴³, amén de que el término resarcir refiere a una obligación de reintegrar algo, mientras que en la indemnización lo que se hace es un rebajo.

43 Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda ha señalado que (...) *Partiendo de que su naturaleza no es represiva, resulta inaplicable la referencia a las exigencias del numeral 124 LGAP y el principio de reserva legal en cuanto a las sanciones administrativas y su correlativa tipicidad. Ciertamente toda sanción debe ser creada por fuente legal, correspondiéndose al principio de tipicidad (nulla crimen nulla poena sine legem), sin embargo, se reitera, el tema objeto de análisis no trata de una sanción (...)* (Resolución n.º 0168-2011-VI de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011).

En cuanto a la sanción administrativa, se está en primer lugar frente a una causal de inhabilitación que la normativa califica de especial y que va de dos a diez años para participar en los concursos con toda la Administración Pública, según lo establece el artículo 118 inciso b) en relación con el numeral 119 inciso k), ambos de la LGCP.

Vale agregar, que a esta inhabilitación especial, que puede resultar especialmente gravosa para una persona o empresa cuya actividad comercial se enfoca exclusiva o principalmente en el sector público, se suma la resolución del contrato si este se encuentra en ejecución, esto de conformidad con el último párrafo del artículo 119 de la LGCP, lo cual denota un reforzamiento en el esquema de consecuencias para el contratista irregular.

Siempre sobre este particular, líneas atrás se dijo que la regulación de la figura toma como base un contrato ya ejecutado, de ahí que lo importante que resulta esa resolución contractual que dispone el artículo 119 párrafo final de la LGCP, impidiendo que un contrato irregular en ejecución siga surtiendo efectos hasta su finalización, lo cual no está exento de particularidades pues, más allá de que el legislador ordinario hizo suya esa decisión, no debería pasarse por alto que, al existir prestaciones contractuales pendientes y con ello una necesidad pública no satisfecha por completo, el impacto de una resolución contractual en el interés público podría ser considerable.

No por esto, se pasa por alto que el tema es complejo y que la posible afectación al interés público deba ser el único factor por considerar, pues a ello se suma la existencia de un vicio en el contrato, una falta de diligencia de las partes en verificar su conformidad con la legalidad y la necesidad de evitar un incentivo para que se promuevan ese tipo de contrataciones, pero bien podrían valorarse otras opciones como -por ejemplo- dejar que el contrato finalice, estableciendo -no obstante- que en tal supuesto no cabrán prórrogas ni ampliaciones.

Ahora bien, en lo que toca las consecuencias para los servidores públicos, la participación en una contratación irregular constituye una causal de

responsabilidad de conformidad con el artículo 125 de la LGCP, incisos e) y h).

Al respecto, se hace ver la particularidad que esto representa, no solo por incorporar dos incisos y no uno, estableciendo -primero- que es causal de responsabilidad evadir los procedimientos ordinarios, cuando no se haya seguido el procedimiento correspondiente o se apliquen de manera indebida las excepciones establecidas en la LGCP, con el elemento adicional de que ese inciso e) no menciona el término contratación irregular pese a que, según el numeral 103 de la LGCP, se trata justamente de dos de los supuestos en los que se configura una contratación de ese tipo.

Luego, en el inciso h) se establece otra causal de responsabilidad, en la que sí se incorpora el término contratación irregular, lo cual no debe llevar a pasar por alto la redacción tan particular de dicho inciso, ya que *"efectuar pagos indebidos al contratista"* da a entender que la causal se configura en tanto se haya hecho al contratista un pago, que más bien correspondía a una indemnización que no debió incorporar el lucro de la operación, por lo que si no se dio ese pago indebido al contratista y aun habiendo participado en la contratación irregular, pareciera que no habría responsabilidad del servidor, al menos no con base en dicha causal.

Por lo demás, la LGCP y el RLGCP disponen que ese reproche de responsabilidad administrativa, que puede conducir al dictado de una sanción administrativa de apercibimiento escrito, suspensión sin goce de salario o estipendio hasta por tres meses y despido sin responsabilidad patronal o cancelación de credenciales sin responsabilidad para el Estado, aplica -en sentido estricto- en relación con los funcionarios que recomendaron y los que adoptaron el acto de adjudicación de la contratación irregular.

Esto constituye un cambio significativo en relación con la normativa anterior, ya que el reproche de responsabilidad administrativa se acota a los funcionarios que recomendaron y los que adoptaron el acto de adjudicación, lo cual no pareciera resultar extensivo entonces a otros funcionarios que también participaron en la contratación irregular, pero que no

recomendaron o no emitieron dicho acto, los cuales de conformidad con el hoy derogado artículo 96 bis inciso d) de la LCA, pudieron ser sancionados con una suspensión sin goce de salario hasta por tres meses.

Vale precisar que, en relación con los funcionarios que recomendaron o emitieron el acto de adjudicación, el eventual dictado de alguna de las sanciones administrativas antes indicadas, no excluye una sanción civil o incluso penal, toda vez que, conforme al artículo 124 de la LGCP, la aplicación de las sanciones estipuladas en dicha norma legal no excluye la imposición de sanciones penales, así como la posibilidad de exigirles responsabilidad en el ámbito civil por daños ocasionados a la Administración.

Resta apuntar que, respecto a otros funcionarios que también participaron en la contratación irregular, pero que no recomendaron o no emitieron el acto de adjudicación, lo que establece el artículo 103 de la LGCP no debe ser leído en términos excluyentes.

Es decir, si bien no pareciera que puedan ser sancionados con base en el artículo 125, incisos e) y h), en tanto el legislador ordinario refiere al inicio de un procedimiento administrativo (...) *en contra de los funcionarios que recomendaron o adjudicaron la contratación irregular, conforme a lo previsto en el artículo 125 de esta ley* (...), sí podrían ser sancionados en el ámbito administrativo por la infracción a otras causales acorde con sus actuaciones en el caso concreto, también en lo civil por daños ocasionados a la Administración o a terceros e incluso penalmente, tal y como sucede con la generalidad de los servidores públicos⁴⁴.

44 Al respecto, el artículo 110 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos establece lo siguiente: Hechos generadores de responsabilidad administrativa. Además de los previstos en otras leyes y reglamentaciones propias de la relación de servicio, serán hechos generadores de responsabilidad administrativa, independientemente de la responsabilidad civil o penal a que puedan dar lugar, los mencionados a continuación: a) La adquisición de bienes, obras y servicios con prescindencia de alguno de los procedimientos de contratación establecidos por el ordenamiento jurídico (...).

6. Conclusiones y reflexiones finales

a. La creación de la figura de la contratación irregular y el perfilado de sus alcances corresponden a un ejercicio ponderativo del interés público, mediante el cual se procura dosificar el impacto que representa la entrega de buena fe de un bien o servicio a satisfacción de la Administración, pero inobservando el ordenamiento jurídico.

b. Pese a no tener como consecuencia una nulidad del contrato, esta figura no debe ser utilizada como una vía para evadir el obligatorio análisis de validez en los procesos de compra pública.

c. La incorporación de la figura en diversos cuerpos normativos a lo largo del tiempo y su aplicación incluso en ausencia de una regulación legal o reglamentaria, vía pronunciamientos de la Contraloría General, da cuenta de un marcado interés por mantenerla como opción frente a la entrega de buena fe de un bien o servicio a satisfacción de la Administración, sin que la existencia de un vicio en el proceso de compra genere una nulidad de lo actuado.

d. El diseño de un esquema de consecuencias asociadas a la contratación irregular, pretende evitar que la transgresión del ordenamiento jurídico sea de alguna manera estimulada, ya que si bien se procura no provocar una afectación al interés público, se está ante vicios graves que dan cuenta de una falta de diligencia en el aseguramiento de la legalidad.

e. Desde sus inicios normativos las consecuencias de la contratación irregular se han residenciado -fundamentalmente- en el contratista y los servidores públicos que participaron en la contratación, no así en la Administración como tal, pese a su condición de parte contratante y su deber de verificar la legalidad de los procesos de compra pública que promueva.

f. La figura nace tomando como base un contrato ya ejecutado a satisfacción de la Administración, lo cual en un orden lógico de actuaciones conduce -primero- a la declaración del contrato como irregular y luego a una indemnización que excluye

el lucro de la operación, sin embargo, en la práctica pueden presentarse varios escenarios que ameritan una respuesta diligente de la Administración.

g. La LGCP y el RLGCP contienen una regulación robusta de la contratación irregular, lo cual pareciera responder, sobre todo, al interés de contar con una regulación de rango legal detallada, en atención a algunos cuestionamientos hechos años atrás en cuanto a su regulación únicamente en una norma reglamentaria o incluso, su aplicación sobre la base de pronunciamientos administrativos de la Contraloría General.

h. El listado taxativo de supuestos de contratación irregular constituye un límite a una posible aplicación generalizada de la figura, extendida a cualquier tipo de infracción normativa durante el proceso de compra, evitando con ello un indebido ensanchamiento de la misma que desborde las fronteras de la gravedad y evidencia del vicio como uno de sus elementos configuradores.

i. Con el dictado de la LGCP, la violación al régimen de prohibiciones pasó de constituir una causal de nulidad absoluta a un motivo de irregularidad del contrato.

j. La aplicación de una posible sanción administrativa a los servidores públicos que recomiendan y adjudican la contratación irregular no debe ser entendida de manera excluyente, en relación con la responsabilidad civil o penal que puede aplicarse a quienes emitan dichos actos y, desde luego tampoco, respecto a otros funcionarios de la Administración que también hayan participado en el proceso de compra.

k. En relación con contratos irregulares en ejecución, destaca la decisión legislativa expresa de disponer la resolución del contrato, lo cual descarta que el mismo pueda seguir desplegando efectos hasta su finalización.

l. Un rebajo del diez por ciento del monto cotizado en la oferta, como porcentaje estimado de la utilidad prevista de la operación cuando la misma no pueda ser precisada, puede resultar módico en contratos con un monto muy alto.

7. Fuentes bibliográficas

González Sanfiel, Andrés Manuel. Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular. *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre, 2023. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-222-septiembrediciembre-2023/enriquecimiento-injusto-ante-las-consecuencias-de-la-contratacion-irregular>

Martínez Hellín, Javier. La contratación administrativa irregular en las entidades locales: La utilización indebida de la revisión de oficio como mecanismo de reacción. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n.º 35 tercer trimestre, 2023.

Rojas Rivera, Alex. El contrato administrativo irregular. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, n.º 122, 2018.

Villalobos Fernández, Esteban. "¿Existe responsabilidad civil para los servidores públicos respecto a las contrataciones irregulares?". *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, Volumen X, 2018.

Resoluciones judiciales

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 003-F-91 de las 14:30 horas del 16 de enero de 1991.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 85 de las 10:00 horas del 24 de diciembre de 1993.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1265 de las 15:36 horas del 7 de marzo de 1995.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1019 de las 16:25 horas del 22 de diciembre de 2006.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 1730-2009 de las 8:10 horas del 25 de agosto de 2009.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 100-2009 de las 16:27 horas del 30 de octubre de 2009.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:15 horas del 30 de octubre de 2009.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1246-F-S1-2009 de las 10:25 horas del 3 de diciembre de 2009.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 22-2011-VI de las 10:10 horas del 31 de enero de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 0168-2011-VI de las 16:15 horas del 29 de julio de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 173- 2011-VI de las 8:45 horas del 10 de agosto de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 242-2011-VI de las 16:10 horas del 8 de noviembre de 2011.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 33-2012 de las 14:00 horas del 30 de abril de 2012.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 101-2012-VI de las 15:20 horas del 4 de junio de 2012.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 48-2013 de las 10:30 horas del 28 de mayo de 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 90-2013-IV de las 11:00 horas del 26 de setiembre de 2013.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1455-F-S1-2013 de las 9:10 horas del 31 de octubre de 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 37-2014 de las 8:00 horas del 22 de mayo de 2014.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, n.º 038-2019-VI de las 11:40 horas del 5 de abril de 2019.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 274-F-S1-2019 de las 15:00 del 26 de marzo de 2019.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 764-F-S1-2019 de las 10:01 horas del 13 de junio de 2019.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 002-2023-VI de las 10:50 horas del 30 de enero de 2023.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, resolución n.º 2024-3146 de las 9:51 horas del 15 de mayo de 2024.

Pronunciamientos administrativos

Contraloría General, oficio n.º 1483 (DGCA-1555-96) del 21 de noviembre de 1996.

Contraloría General, oficio n.º 13023 (DAGJ-297-99) del 12 de noviembre de 1999.

Contraloría General, oficio n.º 4193 (DAGJ-540) del 20 de abril de 2001.

Contraloría General, oficio n.º 8558 (DAGJ-1326) del 6 de agosto de 2001.

Contraloría General, oficio n.º 2354 (DAGJ-291) del 11 de marzo de 2003.

Contraloría General, oficio n.º 3985 (DAGJ-811-2004) del 19 de abril de 2004.

Contraloría General, oficio n.º 7179 (DAGJ-1682) del 20 de junio de 2005.

Contraloría General, oficio n.º 16831 (DAGJ-1949) del 5 de diciembre de 2006.

Contraloría General, oficio n.º 3746 (DJ-1536) del 27 de abril de 2010.

Contraloría General, resolución n.º 12502 (DC-0334) de las 13:00 horas del 31 de agosto de 2015.

Contraloría General, resolución n.º 4979 (DC-0116) de las 15:00 horas del 9 de abril de 2018.

Contraloría General, resolución n.º 7590-2019 (DJ-0624) de las 8:00 horas del 31 de mayo de 2019.

Contraloría General, resolución n.º 11401 (DC-0242) de las 15:00 horas del 1º de agosto de 2019.

Contraloría General, resolución n.º 9869 (DC-0141) de las 8:00 horas del 5 de julio de 2021.

Contraloría General, resolución n.º 15186 (DC-0193) de las 12:00 horas del 15 de setiembre de 2022.

Contraloría General, resolución n.º 11505 (DC-0131) de las 14:30 horas del 12 de julio de 2024.



Esteban Villalobos Fernández¹

Lectura del principio de calificación única para la prevención del “subsane” de ofertas en contratación pública, a través de los principios de eficacia y eficiencia del derecho a la buena administración.

Sumario

1. Introducción
2. Algunas posibles interpretaciones de la calificación única
3. Articulación de criterio de la DCP y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia con el Derecho a una Buena Administración
4. Reflexiones conclusivas
5. Bibliografía

¹ Máster en Derecho Constitucional, Notario Público y Licenciado en Derecho. Posee una especialidad en Contencioso Administrativo y civil de Hacienda, de la Escuela Judicial de Costa Rica y un Diplomado en Derecho Sancionatorio y Prevención de la Corrupción de la Universidad de Salamanca, España. Desde el 2007, ejerce docencia en materia de contratación pública y de lo contencioso administrativo y civil de Hacienda. Tiene 27 años de experiencia en Derecho Administrativo. Laboró 19 años en la Contraloría General de la República de Costa Rica. Actualmente se dedica al ejercicio liberal de la profesión como consultor en materia de contratación pública, derecho disciplinario (empleo público), derecho constitucional y procesos contenciosos administrativos y civiles de Hacienda.
E-mail: abogado.esteban.villalobos@gmail.com

Palabras clave: Derecho a la buena administración. Eficacia y Eficiencia. Contratación Pública. Ley General de Contratación Pública de Costa Rica no. 9986 y su reglamento. Subsana. Gestión por resultados. Costa Rica.

Resumen: Análisis de la aplicación práctica de la regulación del instituto jurídico de la subsanación de las ofertas en la actual Ley General de Contratación Pública de Costa Rica no. 9986 y su reglamento, a través de los principios de eficacia y eficiencia contenidos en el Derecho a la Buena Administración.

1. Introducción

Para muchas partes interesadas de la contratación pública de Costa Rica, con la nueva Ley General de Contratación Pública no. 9986 -LGCP-, sólo es posible que a los oferentes se les habilite una única ventana de oportunidad para subsanar todo aquello que no hubiere quedado claro de su plica u oferta. Esto, claro está, siempre que con ello no se le confiera una ventaja indebida de frente a los demás oferentes.

A partir de una lectura superficial del numeral 50 de la LGCP, algunas partes interesadas entienden que, si en esa única oportunidad la oferta no subsana lo correspondiente, caduca la posibilidad de hacerlo posteriormente, lo cual genera que -de hecho- ya dicha oferta nunca podría llegar a ser adjudicataria.

Por medio de estas líneas, se pretende poner en su correcta perspectiva el contenido de dicha regulación del citado artículo 50 de la LGCP y de los artículos 134 y 135 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública -Decreto Ejecutivo no. 43808-H-, para generar una premisa que acredita que dicha conclusión preliminar de algunos operadores de compras públicas podría ser falaz e insuficiente, siendo que, bajo algunas circunstancias, podría habilitarse una segunda oportunidad para que se subsanen elementos de la oferta.

1.1 Hipótesis de posible génesis

Con la anterior Ley de Contratación Administrativa no. 7494 -LCA-, la posibilidad de subsanar no quedaba circunscrita a un momento procedimental único, sino que para ello se podía dar otra oportunidad, siendo que el artículo 80 del Reglamento a la LCA (Decreto Ejecutivo no. 3341-H)-RLCA-, en lo que interesa regulaba que "(...) Dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración realizará el análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles, para que corrijan errores o suplan información sobre aspectos subsanables o insustanciales. [...] Luego de finalizada esta etapa, se puede corregir o completar, cualquier aspecto subsanable que no se hubiese advertido durante el plazo antes indicado, a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente (...)” (los destacados no son del original).

En la práctica, lo anterior se tradujo en que algunos operadores de contratación pública, normalizaban la mala práctica de que si por un estudio insuficiente del expediente, en la primera oportunidad de subsanar no se solicitaba todo lo necesario al oferente, esto no lo miraban como un tema preocupante respecto a su prestación de servicio, siendo que de oficio o en ocasión de comunicaciones que les hacían llegar los concursantes de la licitación, se les alertaba sobre algún extremo pendiente de subsanar, y en una segunda oportunidad, giraban solicitudes de información para subsanar elementos adicionales.

Se aclara que formalmente en la práctica lo que hace la Administración es emplazar al oferente sobre una solicitud de información, para que aclare elementos confusos u opacos de su plica, o bien, para que aporte otros referenciados en la plica o que son hechos históricos que no generan una ventaja indebida. Al procedimiento anterior, en la jerga de los operadores de compras públicas, se le estila llamar “solicitud de subsane” o “subsane”, por lo que, en estas líneas, se hará referencia a ese procedimiento bajo una u otra prosa.

Y se indica, además, que la forma en que se gestionaban los subsanes con la LCA no. 7494 y reglamento no era una buena práctica, siendo que lo anterior generaba

que algo que en muchos de los casos podía quedar resuelto en dos o tres días hábiles -el plazo ordinario de los 5 días era un máximo, no un mínimo-, se demoraba a veces hasta 10 días hábiles, por cuanto en no pocas ocasiones se confería el plazo máximo de los 5 días ordinarios, más el plazo del segundo "subsane"; segunda solicitud que se pensaría que debería ser menor que el inicial -2 a 3 días-, pero se vieron algunos casos en donde incluso se volvía a emplazar por otros 4 o 5 días adicionales. Lo anterior daba como resultado que solo en esa maduración del análisis intermedio de ofertas, se tardara casi medio mes calendario.

Dicho lapso, sumado a todo el resto de los plazos de actos previos a la adjudicación, generaba que no fuera poco frecuente alcanzar adjudicaciones con plazos desproporcionados y poco competitivos para el servicio público que está detrás de dicho acto final.

No es de extrañar que tanto en algunas de las mesas de trabajo con partes interesadas que propició la Contraloría General de la República -CGR- para madurar un borrador que sirvió de base a la LGCP vigente, (<https://sites.google.com/cgr.go.cr/lgcp/documentos?authuser=0>), así como a través de otros canales informales, se le hiciera ver a la CGR que se debía regular el instituto del subsane de forma que se administrare el riesgo de caer en esos plazos desproporcionados de varias rondas de solicitudes de subsanes.

Aspecto que es de suponer ya de por sí estaba en el radar de algunos de los experimentados miembros del equipo contralor que venía trabajando en una propuesta de proyecto de ley -LGCP-, lo cual constituyó un deseable validado por una mayoría de partes involucradas en la elaboración de ese borrador de proyecto de ley.

Producto de lo anterior, este proyecto pasó a ser ley² y la actual LGCP reguló la subsanación de la siguiente forma en el artículo 50: *"Podrán ser susceptibles de subsanación los defectos que contenga una oferta, siempre y cuando con ello no se otorgue una ventaja indebida. Una vez emitidos los estudios de ofertas, la Administración consolidará los defectos advertidos*

en cada uno de ellos y dará una única prevención por un plazo razonable para que el oferente subsane o aclare su oferta, bajo pena de caducidad. En el mismo plazo concedido el oferente deberá subsanar o aclarar aquellos extremos no prevenidos por la Administración" (el subrayado no es del original).

1.2 Breve referencia a los límites de la subsanación

Respecto a la legislación anterior -la LCA no. 7494 y su reglamento-, el instituto de la subsanación no sufrió un sustancial cambio dramático respecto a su límite, siendo que el numeral 50 de la LGAP lo mantiene al indicar que podrán ser susceptibles de subsanación los defectos que contenga una oferta, siempre y cuando con ello no se otorgue una ventaja indebida. Entendiéndose que existe ventaja indebida cuando en determinada circunstancia, una vez realizada la apertura de las ofertas, que es el momento en que los oferentes tienen la posibilidad de revisar las propuestas de los demás, un concursante puede obtener una condición favorable o de provecho a raíz del conocimiento previo de las condiciones consignadas por los demás oferentes en sus plicas, lo cual implicaría una trasgresión al principio de igualdad que debe regir los procedimientos de contratación (ver resolución de la Contraloría General de la República -CGR- no. R-DCA-096-2010 del 29 de octubre del 2010).

Aspecto que el artículo 134 de su reglamento; Decreto Ejecutivo no. 43808-H-RLGCP-, en el mismo orden de ideas regula al señalar que podrán ser susceptibles de subsanación los defectos que contenga una oferta, siempre y cuando con ello no se otorgue una ventaja indebida. Y el numeral 135 de ese reglamento, luego de dar una lista de supuestos subsanables, deja un inciso final a suerte de herramienta residual, para que no se entienda dicha lista como taxativa, al indicar que será subsanable cualquier otro requisito de admisibilidad que sea requerido por la Administración, para la aclaración de algunos aspectos de la propuesta siempre que no confiera una ventaja indebida frente a los restantes oferentes, tal como, la información técnica o complementaria y los manuales de uso expedidos por el fabricante cuando así haya sido permitido en el pliego de condiciones.

2 Ver expediente legislativo del Proyecto de Ley n° 21.546 -LGCP no. 9986- en el sitio oficial de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica: https://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx

1.3 El Principio de Calificación Única por parte de la Administración Licitante

El artículo 134 del RLGP señala que conforme al “principio de calificación única”, la Administración Licitante emitirá un solo documento consolidado que contenga todos los aspectos a subsanar o a aclarar por parte de los oferentes.

De los estudios realizados la Administración deberá indicar los aspectos a subsanar o a aclarar por parte de los oferentes y tan pronto se cuente con todos los estudios, la entidad contratante consolidará los requerimientos y formulará la solicitud de subsanación o aclaración a cada participante. Esto en un plazo de 3, 5 o 10 días hábiles -excepcionalmente prorrogables- según sea licitación reducida, menor o mayor respectivamente.

La Administración realizará una única prevención para que el oferente subsane y aclare la oferta en el plazo razonable, otorgando al oferente un plazo mínimo de tres días y máximo de diez días hábiles, para ello, tomando en cuenta la naturaleza de la información solicitada, su complejidad en obtenerla y el tipo de procedimiento que se trate.

Dentro del mismo plazo otorgado en la prevención regulada en el párrafo anterior, el oferente puede por sí mismo aclarar o subsanar extremos no abordados por la Administración que estuvieren indicados en los informes realizados para el análisis de la oferta o cualquier otro extremo que el oferente estime necesario subsanar o aclarar, bajo pena de caducidad.

Si la prevención de la Administración no es atendida en tiempo y forma, caducará la facultad del oferente para realizarla en un momento posterior.

2. Algunas posibles interpretaciones de la calificación única

Son múltiples y diversas las personas que interactúan directa o indirectamente con la contratación pública. En ocasiones, su posicionamiento y esfera de intereses,

podría impactar la objetividad con que entienden el contenido de ese artículo 50 de la LGCP y de los numerales 134 y 135 de su reglamento.

A efectos de analizar la interpretación del principio de calificación única, se ha considerado pertinente ubicar algunas posibles aristas o perspectivas que puedan darse a partir de la ubicación de algunas partes interesadas de la contratación pública.

2.1 Perspectiva de la Administración Licitante

Quien escribe, fungió varios años como asesor legal de una unidad de compras de la Administración Pública. Y no en pocas ocasiones presencié a algún compañero (a) analista ver como positivo concluir que varias de las ofertas no pasarían a la siguiente fase del sistema de calificación, por cuanto no podían resultar elegibles.

A partir de los principios constitucionales de eficacia y eficiencia -también contenidos en el anterior artículo 4 de la LCA no. 7494-, la solicitudes de subsanar no son una facultad sino una obligación de los analistas, por cuanto se debe intentar -a través de la solicitud de subsanación y la interpretación que permita su conservación- obtener la mayor cantidad de ofertas de donde pueda escoger la Administración Licitante y procurarse ofertas competitivas en cuanto a lo legal, lo técnico y lo económico, logrando así alcanzar los objetivos institucionales, satisfacer el interés público (artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública -LGAP-) y administrar de buena forma los fondos públicos.

Y si la premisa anterior claramente contrasta con la comentada visión de algunos analistas de la citada Proveeduría Institucional, más lo es que también el suscrito autor presencié lo siguiente: Un analista veía como favorable, que en la primera o segunda ronda de solicitudes de subsanes, el oferente no atendiera como él esperaba -elemento subjetivo opinable-, el citado requerimiento.

Esta visión obedecía en algunas ocasiones, a que a la contratación que les había sido asignada por rol, en lugar de pasar a la siguiente fase del sistema de

calificación nueve -número hipotético para el ejemplo- ofertas presentadas al día de recepción de ofertas, ahora únicamente tendría que realizar el resto del trabajo de análisis sobre dos ofertas, siendo que por ejemplo, cinco siquiera merecieron que se les solicitara subsanar, una no atendió bien la solicitud de subsane y otra no atendió como el analista esperaba, la segunda solicitud de subsane.

Lo anterior obedecía a que entonces de esa forma, se podría gestionar el análisis de ofertas de forma más célere y menos compleja, para así generarle a su jefe una propuesta que llevar cuanto antes a la Comisión de Recomendación de Adjudicaciones que operaba en dicha institución.

Si a algún operador como al que se hizo referencia, se le pidiera opinión sobre si el artículo 50 de la LGCP habilita que una oferta tenga una segunda oportunidad de subsanar, existe una muy buena probabilidad -hipotética- que su interpretación lo haga concluir que luego de la lectura conjunta de ese artículo y de los citados 134 y 135 del RLGP, eso no es viable. Y esto motivado en que la caducidad se reguló para hacer procedimientos de compra pública más expeditos en beneficio del interés público.

2.2 Perspectiva del oferente

Un oferente olvidó subsanar uno de cinco ítems que le requirió la Administración; al percatarse un minuto después (el autor actualmente es consultor independiente y esto fue un caso real al que tuvo acceso), procedió a remitir el ítem restante, pero la Administración extraoficialmente adelantó que por la caducidad del numeral 50 LGCP ya no estaría dispuesta a tomar en cuenta dicha información remitida por la plataforma del Sistema Digital Unificado, tres minutos después del día y hora emplazada, lo cual generaría que su oferta no sería susceptible de resultar adjudicataria.

Si se pidiera opinión a este oferente sobre el artículo 50 de la LGCP y 134 del RLGP, probablemente se inclinaría por una lectura que habilite una segunda ventana de oportunidad de subsanar -sea de oficio o por otra solicitud de la Administración-, siendo que él considera que tiene la mejor oferta en cuanto a precio

y calidad, no sólo para que la Administración logre sus objetivos, sino para que lo haga en términos de calidad, innovación, eficacia y eficiencia, lo cual interactuaría positivamente de forma sinérgica con el nuevo Principio de Valor por el Dinero que regula el inciso b) del artículo 8 de la LGCP.

2.3 Perspectiva del administrado

Esta tercera visión es la que, bajo una correcta comprensión de la Nueva Gestión Pública, siempre debe tenerse en el centro de la prestación del servicio público: la del destinatario final del servicio público, la cual, según la visión jurídica de cada caso, podemos llamar ciudadano, administrado, justiciable, paciente, consumidor final o habitante -concepto más general-, cliente -interno o externo-, entre otros.

Frente a un ejemplo hipotético donde el objeto contractual es adquirir anestesia para llevar a cabo cirugías humanas de, por ejemplo, un reemplazo total de caderas o rodillas por artrosis o una revascularización coronaria (Bypass), si se le consultare al paciente de la ansiada cirugía cuál es su interpretación, probablemente alguno (s) se decantaría por la caducidad de la solicitud de subsane, bajo el pensamiento que la Administración satisfaga su necesidad sin dilaciones, en el menor tiempo posible.

Ahora bien, continuando con el mismo supuesto hipotético de una licitación para medicación para anestesia, se tiene que llegaron solo dos ofertas.

Se está frente a una medicación genérica para la anestesia, que ofrece la oferta A que está en primer lugar y que siquiera requirió solicitud de subsane alguno; sobre ella la competencia hizo ver que un par de revistas médicas reconocidas a nivel internacional, contienen investigaciones de anestesiólogos que han cuestionado su efectividad. Y se tiene una segunda oferta B, que luego de la solicitud de subsane, olvidó atender uno de 15 ítems que le requirió la Administración: cumplió 14 de 15 puntos.

Si al paciente que necesita la cirugía se le consultare sobre su opinión si estaría de acuerdo en cuanto una única oportunidad para subsanar, cabría cuestionarse

si éste se decantaría por habilitar una segunda oportunidad de subsanar o por hacer operar la caducidad. Bajo ese supuesto, según cada patología, tiempo de espera y perfil de cada paciente, pareciera que se podría tener una interpretación que bascule hacia uno u otro sentido.

2.4 Criterio de la División de Contratación Pública de la Contraloría General de la República de Costa Rica

Ahora bien, tenemos a un órgano competente (no el único por cuanto también está el rector, los órganos de control interno y externo, la jurisdicción contencioso administrativa y civil de hacienda, entre otros) para interpretar las normas de contratación pública en Costa Rica, que ejerce control previo por medio de la jerarquía impropia que disponen entre otros los artículos 184 inciso 5) de la Constitución Política y 95 y 97 de la LGCP: es la Contraloría General de la República, que lo hace por medio de un órgano colegiado de la División de Contratación Pública -DCP-.

Para este artículo de opinión, interesa destacar la interpretación que ha dado la DCP a esta solicitud única de “subsane”, veamos.

En la DCP se lleva a cabo una profesional, experimentada y concienzuda interpretación por parte de los operadores jurídicos especialistas en contratación pública; esto a la luz de los principios que informan la materia, en donde la satisfacción al interés público siempre estará en un lugar privilegiado.

De ahí que no es de extrañar, el reciente criterio que la DCP (emitido -entre otras- a través de las resoluciones R-DCP-SICOP-01070-2024 de las 15:26 hrs. de 19 de julio de 2024, R-DCP-SICOP-00591-2025 de las 9:10 hrs. del 03 de abril de 2025 y R-DCP-SICOP-01880-2025 de las 8:05 hrs. del 09 de octubre de 2025) realizó sobre la cuestión bajo análisis, donde se inclinó por una interpretación teleológica/sistemática que le habilitan los artículos 5 y 7 de la LGCP, 10 de la Ley General de la Administración Pública -LGAP- y 10 del Código Civil, de cara a la satisfacción del interés público (artículo 113 de la LGAP).

El criterio de sendas resoluciones comenzó por reiterar que ordinariamente los límites y alcances de la subsanación son los explicados en los acápite b y c de este artículo de opinión. Pero que excepcionalmente, si la Administración omitió gestionar algún elemento en la primera solicitud de subsanación, nada obsta para que motivadamente, se gire una segunda solicitud que habilite tener claro el panorama por analizar respecto a una o varias ofertas según sea el caso.

Y si este segundo escenario no fue habilitado clara y expresamente por la Administración, o si habiendo remitido una subsanación de oficio, la Administración no la toma en cuenta, la DCP, aplicando el explicado razonamiento, es del criterio que dicho subsane es viable adjuntarlo junto con el respectivo recurso de apelación, que como jerarca impropio conoce en contra el acto final de adjudicación. O incluso, realizando la subsanación en la primera audiencia del procedimiento recursivo que conoce y resuelve la DCP.

Recuérdese que la DCP de la CGR ha mantenido, al menos por un quindenio una línea jurisprudencial que habilita subsanar elementos de la oferta en el escenario de un procedimiento apelatorio que está conociendo; donde se ha concluido que la subsanación puede realizarse siempre y cuando el asunto no verse sobre aspectos que previamente hayan sido advertidos por la Administración en su oportunidad; o porque la exclusión de su oferta, por un determinado vicio u omisión, se puso en conocimiento del oferente hasta la emisión del acto final -sin dar oportunidad de subsanar por parte del oferente- (véanse las resoluciones R-DCA-SICOP-01491-2023 de las 19:20 hrs. del 27 de noviembre de 2023, R-DCP-SICOP-00888-2024 de las 8:16 hrs. del 21 de junio de 2024, R-DCP-SICOP-00961-2024 de las 15:41 hrs. del 03 de julio de 2024, R-DCP-SICOP-00582-2025 y R-DCP-SICOP-01222-2025 de las 14:22 hrs. del 04 de julio de 2025).

Esto, teniendo claro como se explicó, que la segunda solicitud de subsane sólo podrá versar sobre elementos no contenidos ni considerados en la primera solicitud. Siendo que si ya le fueron prevenidos por la Administración en el análisis de ofertas inicial y la parte no cumplió, opera la sanción procesal de caducidad, y en fase recursiva no pueden ser subsanados

aspectos que previamente hayan sido prevenidos por la Administración en su oportunidad procesal; pues resulta de aplicación la sanción procesal de la caducidad en los términos del artículo 134 de la LGCP (en este sentido se pueden consultar las resoluciones DCP-SICOP-00629-2024 del 06 de mayo del 2024 y R-DCP-SICOP-01070-2024 del 19 de julio del 2024, entre otras).

O bien, es viable cursar otra solicitud de subsane que gire en torno a supuestos en donde a partir del análisis de la respuesta a la primera solicitud, la Administración estima que aún existen algunos elementos que no están lo suficientemente claros.

Recapitulando, dicho criterio de la DCP busca administrar el riesgo de interpretaciones literales aisladas de todo el sistema de compras públicas y que se alejen de su fin primordial, cual es la satisfacción del interés público que reside detrás de los procedimientos licitatorios que se promueven a partir de la doctrina del artículo 182 de la Carta Magna y del modelo de gestión para resultados que constituye uno de los pilares de la nueva LGCP no. 9986.

Por su importancia, conviene detallar la literalidad en que fue redactado este precedente de la DCP:

"(...)1. Es posible subsanar una oferta, siempre y cuando con ello no se configure una ventaja indebida.

2. Por el principio de calificación única, el deber ser implica que la Administración una vez estudiada la oferta, emita un solo documento consolidado, y por una única vez en un término razonable de mínimo de tres días hábiles y máximo de diez días hábiles, prevenga a los oferentes, subsanar o aclarar los aspectos que correspondan.

3. Los parámetros de razonabilidad para el establecimiento discrecional del plazo para atender la prevención, son: la naturaleza de la información solicitada, la complejidad en obtenerla y el tipo de procedimiento del que se trate.

4. No es necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el pliego de condiciones, que no requieren una manifestación expresa del oferente

para conocer los alcances puntuales de su propuesta, en cuyo caso se entenderá que acepta tales condiciones.

5. Las subsanaciones y aclaraciones oficiosas que realice el oferente, podrán efectuarse dentro del mismo plazo otorgado con la prevención trasladada, aún si se tratan de extremos no abordados por la Administración o cualquier otro extremo que el oferente estime necesario subsanar o aclarar.

6. En caso de que el oferente no proceda con la subsanación prevenida por la administración dentro del plazo conferido, opera la sanción procesal de caducidad (para el oferente), y se descalifica la oferta, siempre que la naturaleza del defecto así lo amerite por su trascendencia. Ahora bien, partiendo de lo anterior, no se debe perder de vista que el procedimiento de contratación pública no es un fin en sí mismo y que se configura como un instrumento que busca seleccionar al oferente idóneo que le permita a la Administración satisfacer una necesidad. De tal forma, que la lectura de la figura de la subsanación debe efectuarse siempre dentro del marco de los principios de eficiencia e igualdad y con una visión orientada a los resultados que se pretenden obtener. De esa forma, si bien el deber ser implica una única solicitud de subsanación, excepcionalmente cuando la Administración haya omitido requerir la subsanación de algún requisito o la aclaración del algún aspecto en esa primera solicitud, en aras de lograr la efectiva satisfacción del interés público, nada obsta para que se realice un nuevo requerimiento. Claro está, que ese nuevo requerimiento no debería ser sobre aspectos o elementos ya considerados en la primera solicitud de subsanación. Sino que debe consistir en elementos no considerados en la primera solicitud o bien, derivarse de la respuesta realizada por el oferente a ese requerimiento de subsanación efectuado. Más allá de lo anterior, este órgano contralor estima oportuno señalar que en fase recursiva, no pueden ser subsanados aspectos que previamente hayan sido prevenidos por la Administración en su oportunidad procesal; pues resulta de aplicación la sanción procesal de la caducidad en los términos del artículo 134 de la LGCP. Lo anterior, sin que se acredite una imposibilidad material para cumplir

con lo requerido por haberse otorgado un plazo irrazonable para cumplir con la prevención, cuando así lo alegue oportunamente el oferente. Debe considerarse que el instituto de la subsanación no implica una habilitación irrestricta para la corrección de errores por parte de los oferentes. Lo anterior, considerando que la Administración cuenta con plazos para cumplir con las distintas etapas del procedimiento de contratación, lo cual incluye la adjudicación, y dentro de los procedimientos de contratación el objetivo ulterior siempre es la consecución del interés público, a través de la satisfacción de necesidades administrativas que requieren de una atención oportuna. De tal forma que el principio de eficiencia hace necesario que la corrección de errores se realice en momentos determinados, sin que sea posible habilitar oportunidades adicionales para la corrección de errores ya prevenidos (...)" (R-DCP-SICOP-01070-2024 de las 15:26 horas del 19 de julio de 2024; en igual sentido se puede ver la resolución R-DCP-SICOP-00934-2025 de las 15:48 horas del 19 de julio de 2024 y R-DCP-SICOP-00591-2025 de las 9:10 horas del 03 de abril de 2025).

2.5 Precedente relevante de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

Si bien fue con la LCA no. 7494 y no con la LGCP no. 9986, el razonamiento para un caso de habilitar más alternativas para subsanar que las que regula la normativa sectorial, en concreto, el reglamento a la LCA va en el mismo orden de ideas que se viene analizando, siendo que, bajo esa misma lectura de los principios de eficacia y eficiencia, mediante la sentencia no. 000796-F-S1-2023 de las 14:28 horas del 31 mayo de 2023, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, declaró con lugar un recurso de casación interpuesto por la CGR, anuló la sentencia no. 50-2017-VI de las 10:25 horas del 25 abril 2017, del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda que interpretó la posibilidad de subsanar de forma literal y restrictiva -y no teleológica y amplia-, e indicó que **no obstante el reglamento no reguló que se puede abrir un espacio adicional** para subsanar el aportar documentación para ponerse al día con nada menos

que con la seguridad social de Costa Rica (art. 173 de la Constitución Política), para satisfacer el interés público, es posible habilitar una oportunidad adicional para subsanar. Esto a pesar de que la literalidad del artículo 80 RLCA al que se hizo referencia en el acápite primero de este artículo de opinión, tiene una redacción restrictiva.

Al efecto, indicó la Sala de Casación que "(...) si bien la norma refiere a una prevención de cinco días (de oficio, por señalamiento de alguno de los participantes en el concurso o a solicitud de parte interesada); [...] ello no limita a que finalizada esta etapa, se puede corregir o completar, **cualquier aspecto subsanable que no se hubiere advertido en esos cinco días hábiles**, sea a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente (...)"

Y dicho fallo lo motivó la Sala Primera a partir de una adecuada y vanguardista lectura -en los términos descritos en el acápite anterior- de los citados principios de eficacia y eficiencia.

Nótese que no solo coincide la lectura de los señores magistrados con la de la DCP, sino que incluso va más allá, siendo que hace una interpretación teleológica/ sistemática y concluye que lo que se podrá subsanar no es bajo supuestos restrictivos y taxativos si se quiere, sino que de forma amplia indica que además del plazo señalado en ese artículo 80 del RLCA, si fuera necesario para satisfacer el interés público, se podrá subsanar **"cualquier aspecto"** que no se hubiere advertido en esa primera oportunidad para subsanar lo que regulaba dicho numeral.

3. Articulación de criterio de la DCP y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia con el Derecho a una Buena Administración

Detractores de ese criterio de la DCP podrán alegar que se actúa en contra de la regulación del RLGCP, en donde se indica que, conforme al principio de calificación única, la Administración emitirá *un solo documento*. Y que actuar en sentido contrario podría estar “reviviendo” -de hecho- una práctica administrativa que habilitaba la anterior LCA no. 7494 y que la actual LGCP no. 9986 buscó suprimir.

Criterios afines, podrían hilvanar argumentaciones para ir en contra de la interpretación teleológica-sistemática de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por habilitar ir más allá de lo que regulaba el reglamento a la ley especial.

Lo anterior, claro está, bajo interpretaciones literales aisladas del objetivo final del sistema de compras públicas costarricense, cual es, el fin que se busca con todos estos procedimientos -que no son un fin en sí mismo, sino un instrumento- de contratación pública: la satisfacción del interés público (entre otras, ver sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia no. 2660-2001).

Como en casi todo campo del derecho, la radicalización rara vez resulta la solución idónea, mientras que la búsqueda de un justo equilibrio entre dos posiciones antagónicas siempre será una buena práctica. Y en la gestión de las compras públicas lo anterior no es la excepción.

Y para buscar este equilibrio, siempre se deberá interpretar y leer la materia a través de los principios que informan la misma. Dentro de ellos, interesa destacar el Principio de Eficacia y el de Eficiencia, los cuales tienen rango constitucional (entre muchas otras, ver considerando III de la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica no. 14421-2004).

Principios que por supuesto en la regulación del inciso

e) del artículo 8 de la LGCP, señalan que el uso de los fondos y bienes públicos y la conducta de todos los sujetos que intervienen en la actividad de compras públicas, deben responder al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos institucionales y a la **satisfacción del interés público**. Y en todas las etapas del procedimiento de compra prevalecerá el contenido sobre la forma y se favorecerá la conservación de los actos. Incluso el mismo inciso refiere precisamente al instituto del subsane y deja claro que no se deberán descalificar ofertas frente a defectos subsanables e incumplimientos intrascendentes.

Recuérdese que la orientación a resultados es uno de los pilares orientadores de la reforma integral operada bajo la LGCP, por lo que la celeridad y eficiencia son claves bajo el nuevo modelo; por lo que considera que aún en los casos en que una primera solicitud de subsane resultare insuficiente para completar una oferta potencialmente atractiva -técnica y financieramente- al interés público, sería viable una segunda oportunidad en los términos antes desarrollados. Todo como parte del ejercicio motivado de la selección de la oferta más conveniente y de la sana inversión de fondos públicos.

Ahora bien, teniendo clara la visión sobre dichos principios de eficacia y eficiencia y la enorme valía que los mismos representan para la contratación pública, no se debe perder de vista que ambos son elementos integrantes del *Derecho a la Buena Administración* que nació de la doctrina del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (conocida como Carta de Niza), la cual se asocia al concepto de “governance” o buen gobierno.

En ese orden de ideas de la regulación del citado numeral 41, se tiene que el Tratado de Lisboa liga directamente este Derecho a la Buena Administración con varios contenidos, como lo son los principios de transparencia, rendición de cuentas o “*accountability*”; y, dentro de lo que interesa destacar para este artículo, también se referencia a los principios de **eficacia, eficiencia** y coherencia.

Y por supuesto que todo lo anterior se debe articular y llevar a la práctica a través del derecho fundamental al *debido proceso*, dentro del cual, por supuesto uno

de sus pilares es la **motivación**. Bajo ese enfoque, el profesor Ponce (Ponce Solé, 2015) nos recuerda que el Buen Gobierno en el Siglo XXI debería ser el derecho a una buena administración, la cual no es otra cosa que aplicar el deber de motivar las conductas en el marco del control de la discrecionalidad -no libertad-.

Es menester señalar que dichos contenidos del Derecho a la Buena Administración ya desde hace muchos años se aplican en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), donde por supuesto, esta comentada visión de los principios de eficacia y eficiencia está contenida. Entre muchas otras, se pueden referenciar las siguientes sentencias: N° 07689-08, 8223-12, 2013-1456 de 14:30 hrs. del 30 de enero de 2013, 15955-2015 de las 14:30 hrs. del 13 de octubre de 2015, 15692-2015 de las 9:05 hrs. del 7 de octubre de 2015, 5895-2015 de las 14:30 hrs. del 28 de abril de 2015, 4295-2015 de las 9:30 hrs. del 27 de marzo de 2015, 3977-2015 de las 9:05 hrs. del 20 de marzo de 2015, 11524-2000 y 2025-027397 de las 12:40 hrs. 27 agosto 2025.

Teniendo presente dicha breve conceptualización y los contenidos destacados, pues sin lugar a dudas la contratación pública se engarza orgánicamente con estos contenidos del Derecho a la Buena Administración, por lo que resulta oportuno recordar los términos en que el profesor Gimeno (Gimeno Feliú 2024) hace referencia a lo anterior.

La función de una Administración económica moderna, proactiva, que moviliza inversiones productivas, es mejorar la calidad de prestación de los servicios públicos y aportar la mejor seguridad (certeza) jurídica posible.

Por ello, la gestión pública del siglo XXI debe estar orientada al buen gobierno y la buena administración, derecho fundamental de la ciudadanía, como estándar para el impulso de las diferentes políticas públicas.

Y el buen gobierno no es solo cumplir reglas sino, principalmente, satisfacer de manera adecuada las demandas de la sociedad. Es decir, interesa el resultado, muy especialmente en el ámbito de los servicios públicos

esenciales. Buen gobierno, como seña de identidad de la política que construye y pretende implantar los cambios para una convivencia mejor.

Para cumplir ese fin, la contratación pública, por su indudable impacto económico, es la principal herramienta para impulsar esos cambios. A través de los contratos públicos se puede desarrollar una efectiva estrategia en los diferentes ámbitos (infraestructuras, tecnología, servicios a las personas, innovación, etc.) que descansen no en la forma sino en el mejor resultado.

Lo que significa que se debe poner el acento en la mejor calidad de la prestación. Resultando el factor tiempo un elemento esencial. Es muy evidente en prestaciones dirigidas a las personas en el ámbito de la salud o servicios sociales. Pero también en la puesta en funcionamiento de infraestructuras, máxime cuando éstas aportan rentabilidad social, ambiental o económica una vez se ponen en disposición de la sociedad.

Y en esta nueva visión, los objetivos de sostenibilidad ambiental son elementos vinculados directamente a la mejor prestación en tanto son de “primer nivel” que impregnan cualquier decisión pública y, en especial en la contratación pública que, necesariamente, debe alinearse también con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de la ONU (en especial objetivos 12 y 13).

El contrato público es, desde una perspectiva global y por su capacidad de transformación -en tanto se movilizan importantes recursos públicos-, un elemento de indudable trascendencia para poder articular de forma inteligente y proactiva las nuevas políticas públicas y sus nuevas exigencias, donde la mera declaración legal resulta por sí misma insuficiente.

Por ello, la contratación pública, alejada de la perspectiva burocrática defensiva (tan extendida y con efectos perversos en la calidad de la actuación pública), se presenta como principal palanca de modernización y de escudo social. Hoy, una Administración moderna y proactiva debe saber utilizar de forma correcta el contrato público en tanto forma parte del estándar del buen gobierno.

Esta nueva cultura de la buena administración mediante la contratación pública aconseja un cambio de su regulación (quizás ya a escala supranacional para generar un marco verdaderamente armonizado), principalmente, de la interpretación en lo relativo a su aplicación y su significado, que supere las inercias a hacer lo mismo.

A partir de lo anterior, queda claro, que esta interpretación que habilita una segunda oportunidad excepcional de subsanar, al estar cimentada en una interpretación a partir de los principios de eficacia y eficiencia, sin duda alguna se articula perfectamente con el Derecho a la Buena Administración en los términos antes desarrollados.

Esto, por cuanto pudiendo la Administración procurarse una buena oferta a nivel técnico y financiero, si no interpretara la normativa sectorial bajo estudio, en los términos antes desarrollados, se podría estar privando de una muy buena alternativa que incluso podría llegar a satisfacer de mejor forma los intereses de los habitantes, quienes no necesariamente comulgan con las burocráticas interpretaciones literales que están aisladas de todo el sistema de contratación pública y los fines que ella busca.

Así las cosas, una interpretación que excepcionalmente habilite esta otra oportunidad para subsanar, estaría fundamentada en el Derecho a la Buena Administración que tienen todos los administrados del país.

4. Reflexiones conclusivas

Acierta el operador de contratación pública que no pierda de vista el enfoque en el Derecho a la Buena Administración, respecto a las gestiones de contratación pública a su cargo.

Una interpretación literal que busque hacer prevalecer una visión formalista de la caducidad de una única solicitud de subsanación, por sobre el elemento sustantivo y finalista de la contratación pública (satisfacción del interés público), restringe desproporcionadamente los principios de eficacia y eficiencia que están contenidos en el Derecho a la Buena Administración de los administrados.

5. Bibliografía

Libros:

José María Gimeno Feliu, "Hacia la buena administración desde la contratación pública", Marcial Pons, Barcelona, 2024.

Enrique Días Bravo y José A. Moreno Molina, "Contratación Pública Global: Visiones Comparadas", Tirant lo Blanch, 2020.

Enrique Falcón, "Tratado de la Prueba", Buenos Aires, Astrea, 2003, Tomo I, p.247.

Marcos Fernando Pablo. "La motivación del acto administrativo". Editorial Tecnos S.A.1993. Pág 144).

Beatriz Tomás Mallén. "El derecho fundamental a una buena administración". - 1.ª ed. - Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004. (Estudios). ISBN: 84-7351-220-0 - NIPO: 329-04-020-5.

Fernández Arguello, Hubert. Jurisprudencia constitucional sobre contratación administrativa. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.

Ortíz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo II. Editorial Stradtman, 2002.

Ortíz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo III. Editorial Stradtman, 2002.

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II: Responsabilidad Administrativa. Biblioteca Jurídica DIKE, 2005.

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Parte General. Editorial Investigaciones Jurídicas, 2006.

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV: Contratación Administrativa. Ediciones Guayacán, 2010.

Hines Céspedes, César. La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.1ª edición. San José, CR. 2006.

Artículos de revistas:

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2014), "Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública", Aprobado por el Consejo de redacción del CLAD el 12 de junio de 2014. pp.23. AFDUC 18, 2014, ISSN: 1138-039X.

Rodríguez Bereuo, Alvaro (2001). "La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea". Artículo de la Revista de Derecho de la Unión Europea, N° 1 – 2, semestre 2001. Obtenido en el 2016 del Diplomado de derecho sancionatorio y anticorrupción que se impartió en San José, Costa Rica, fruto del convenio de la Contraloría General de la República de Costa Rica, el Banco Mundial y los profesores de la Universidad de Salamanca de España.

Romero Pérez, Jorge Enrique (2009), "Reflexiones sobre el buen gobierno". Revista de Ciencias Jurídicas. N° 118, pp 101-120, enero-abril 2009. Costa Rica.

Sánchez Albavera, Fernando (2003), "Planificación estratégica y gestión pública por objetivos obra del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES (CEPAL)", marzo de 2003, Santiago de Chile.

Referencias a sitios web:

Gimeno Feliu, José María. "Hacia el buen gobierno desde la contratación pública". Accesado en la dirección: <https://costarica.obcp.es/opiniones/hacia-el-buen-gobierno-desde-la-contratacion-publica>

Ortega Pérez, Elard Gonzalo. "Redimensionamiento de la trascendencia del incumplimiento como corolario del principio de eficiencia constitucional". Accesado en la siguiente dirección: <https://costarica.obcp.es/opiniones/redimensionamiento-de-la-trascendencia-del-incumplimiento-como-corolario-del-principio-de>

Carrau, Javier Guillem. "La buena administración en la UE tras el tratado de Lisboa: ¿más por menos?" Accesado en la dirección <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3870621.pdf>, Biblioteca digital Dialnet.

Carrau, Javier Guillem. "El derecho a la buena administración tras las reformas estatutarias". Accesado en la dirección <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3982059.pdf>, a través de la Biblioteca digital Dialnet.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD); Banco Mundial (BM). Gestión para Resultados. Proyecto: "Fortalecimiento de los sistemas de monitoreo y evaluación en América Latina y el Caribe, a través del aprendizaje Sur-Sur y del intercambio de conocimientos". "Taxonomía en gestión para resultados y monitoreo y evaluación" Accesado en la dirección <http://siare.clad.org/siare/innotend/evaluacion/taxonomia/1-GestionparaResultados>.

Chinchilla Carmiol, Marlene y Ortega Pérez, Elard Gonzalo. La contratación pública en Costa Rica: planificación, selección e impugnación. Artículo de Liber Lex. 2014-2015.

De Cores, Carlos Andrés y Cal, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. Revista de derecho de la Universidad de Montevideo.

Ponencias presentadas a eventos:

Webinar de Alfredo Aguilar Arguedas sobre "Orientación al Resultado en la compra pública costarricense; Proceso de Selección, Adjudicación y Ejecución", realizado por la Dirección General de Contratación Pública del Ministerio de Hacienda de Costa Rica el 30 julio de 2025.

Ciclo de Conferencias para asesores legales organizado por la Contraloría General de la República de Costa Rica, realizado en el Colegio de Abogados de Costa Rica, en junio de 2016. Juan José Rastrollo (2016). Ponencia: "El control de la administración a través del derecho de acceso a la información".

Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú, en noviembre de 2015: Jorge Enrique Romero Pérez (2015), "Buen gobierno y Estado de derecho" que consta en la memoria digital –dispositivo USB- de dicho congreso.

Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú, en noviembre de 2015: Juli Ponce Solé (2015), "Transparencia y derecho a una buena administración" que consta en la memoria digital –dispositivo USB- de dicho congreso.

Congreso del CLAD realizado en Lima, Perú, en noviembre de 2015: Tobías Enrique Aliaga Vélchez (2015), "La gestión por procesos y la gestión por resultados como base de la satisfacción del ciudadano: la experiencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú" que consta en la memoria digital –dispositivo USB- de dicho congreso.

Documento presentado como ponencia en el V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, República Dominicana, 2000. Marcos Pedro Makón. "El modelo de gestión por resultados en los organismos de la Administración Pública Nacional"

Normativa:

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007.

Código Iberoamericano de Buen Gobierno que fue gestado por el CLAD, el cual fue respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana, Uruguay, noviembre de 2006.

Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

Constitución española de 1978.

Protocolos del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno; Illes Balears.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; España.

Ley General de Contratación Pública N° 9986; Costa Rica.

Ley de Contratación Administrativa n° 7494; Costa Rica.

Decreto Ejecutivo N° 33411-H (2006). Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa 7494. La Gaceta N° 210 del 02 de noviembre 2006 y sus reformas; Costa Rica.

Decreto Ejecutivo N° 43808 (2022). Reglamento a la Ley General de Contratación Pública y sus reformas; Costa Rica.

Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito N° 8422 de 2004; Costa Rica.

Ley General de Control Interno número 8292 del 2002; Costa Rica.

Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República N° 7319; Costa Rica.

Ley General de la Administración Pública N° 6727 de 1978; Costa Rica.

Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 de 1989; Costa Rica.

Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N° 8131 de 2001; Costa Rica.

Reglamento a la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos N° 8131: Decreto Ejecutivo N° 32988; Costa Rica.

Resoluciones jurisdiccionales:

Sentencia no. 000796-F-51-2023 de las 14:28 horas del 31 mayo de 2023, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencias N° no. 2660-2001, 14421-2004, 07689-08, 2660-2001, 8223-12, 2013-1456 de 14:30 hrs. del 30 de enero de 2013, 15955-2015 de las 14:30 hrs. del 13 de octubre de 2015, 15692-2015 de las 9:05 hrs. del 7 de octubre de 2015, 5895-2015 de las 14:30 hrs. del 28 de abril de 2015, 4295-2015 de las 9:30 hrs. del 27 de marzo de 2015, 3977-2015 de las 9:05 hrs. del 20 de marzo de 2015 y 11524-2000.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Poder Judicial de Costa Rica, la N° 9-2016-IV de las 13:20 horas del 20 de enero del 2016 y la N° 33-2013-IV de las 14:45 horas del 23 de abril de 2015.

Resoluciones de la Contraloría General de la República de Costa Rica:

R-DCP-SICOP-01880-2025 de las 8:05 horas. del 09 de octubre de 2025,

R-DCP-SICOP-01222-2025 de las 14:22 horas. del 04 de julio de 2025,

R-DCP-SICOP-00934-2025 de las 15:57 horas del 29 de mayo de 2025,

R-DCP-SICOP-00582-2025 de las 13:54 horas del 02 de abril de 2025,

R-DCP-SICOP-00591-2025 de las 9:10 horas. del 03 de abril de 2025,

R-DCP-SICOP-01070-2024 de las 15:26 horas de 19 de julio de 2024,

R-DCP-SICOP-00961-2024 de las 15:41 horas del 03 de julio de 2024,

R-DCP-SICOP-00888-2024 de las 8:16 horas del 21 de junio de 2024,

DCP-SICOP-00629-2024 del 06 de mayo del 2024,

R-DCP-SICOP-01070-2024 del 19 de julio del 2024,

R-DCA-SICOP-01491-2023 de las 19:20 horas del 27 de noviembre de 2023, y;

R-DCA-096-2010 del 29 de octubre del 2010.

Legitimación procesal de la Contraloría General de la República en procesos penales de Hacienda y función pública



Jeustin Matamoros Araya¹

Sumario

1. Introducción
2. Marco legal de la legitimación procesal penal de la CGR
3. ¿Quién es la víctima en los delitos contra la Hacienda y función pública?
4. La CGR como víctima en los delitos contra la Hacienda y función pública
5. La CGR como querellante
6. CGR como actor civil
7. Potestad atípica de la CGR
8. Más allá de la legalidad
9. Conclusiones
10. Bibliografía

¹ Abogado graduado de honor de Bachillerato y Licenciatura en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Actualmente labora en la Contraloría General de la República como Fiscalizador Asociado.



Resumen: Este artículo integra un análisis de la legitimación procesal de la Contraloría General de la República en los procesos penales de Hacienda y función pública de Costa Rica. Se realiza un examen somero de la función fundamental que desarrolla el Órgano Contralor y sus competencias administrativas, para posteriormente profundizar en su legitimación procesal en la jurisdicción penal de Hacienda y función pública.

Para estos efectos, se revisa la normativa relacionada dispuesta en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el Código Procesal Penal, así como jurisprudencia y doctrina relevante para cada uno de los roles en los que podría, y actualmente participa el Órgano Contralor —víctima, querellante y actor civil—.

El artículo también aborda la disparidad de criterios judiciales existentes y destaca la importancia de la intervención de la CGR más allá de la mera legalidad, como un elemento crucial para combatir la impunidad, coadyuvar a la justicia pronta y cumplida, y fortalecer la lucha contra la corrupción.

Palabras clave: Contraloría General de la República, Derecho penal, Hacienda Pública, Derecho Procesal Penal, Corrupción.

Abstract: This article integrates an analysis of the Comptroller General of the Republic's standing in criminal proceedings concerning public finance and public service in Costa Rica. It also incorporates a brief examination of the constitutional role performed by the Comptroller General and its administrative competencies, to then delve into its standing within the criminal jurisdiction of public finance and public service. For this purpose, the article reviews the relevant regulations outlined in the Comptroller General of the Republic Organic Statute, and the Criminal Procedure Code, along with jurisprudence and legal doctrine for each of the roles in which the Comptroller General could, and currently does, participate—as a victim, public prosecutor, and civil claimant—.

The article also addresses the existing disparity in judicial criteria and underscores the importance of the Comptroller General's intervention beyond mere legality, as a crucial element in addressing impunity, contributing to prompt and comprehensive justice, and strengthening the fight against corruption.

Keywords: Comptroller General, Criminal Law, Public Finance, Criminal Procedure Law, Corruption.

1. Introducción

El artículo 16 del Código Procesal Penal n.º 7594 (en adelante, CPP) establece lo siguiente:

Artículo 16- Acción penal. La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos.

(...) En los delitos contra (...) los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, y los contenidos en (...) la Ley 8422, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, de 6 de octubre de 2004, excepto el delito de soborno transnacional, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público. (Énfasis añadido).

Podrá el lector revisar en su integralidad el CPP y sin embargo, no encontrará disposición normativa expresa respecto de la legitimación procesal de la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), tal como existe para la Procuraduría General de la República o para el Ministerio Público para los procesos penales. Tal como se deriva de la norma anteriormente transcrita, la Procuraduría General de la República (en adelante, PGR) es la legitimada para ejercer de manera conjunta

e insubordinada la acción penal cuando se trate de delitos contra la Hacienda y función pública.

Si se realizara un análisis normativo pormenorizado, hasta aquí el objeto de este artículo parecería haberse agotado. La CGR no está legitimada expresamente por el CPP para participar como parte de un proceso penal, y en los casos donde se acusen delitos contra la Hacienda y función pública, es la PGR la llamada a participar y ejercer, de manera conjunta con el Ministerio Público, la acción penal.

Sin embargo, el razonamiento jurídico que debe emplearse para comprender por qué la CGR ya forma parte de hasta 27 procesos penales activos en materia de Hacienda y función pública es mucho más holístico. (Contraloría General de la República, 2025, p. 27).

Para comprender de manera integral el fundamento jurídico-procesal que sustenta la legitimación procesal de la CGR en los procesos penales, el operador jurídico debe realizar un análisis de distintas leyes, doctrina y jurisprudencia penal.

La falta de norma expresa que legitime de manera directa a la CGR en los procesos penales, naturalmente, ha generado una serie de criterios judiciales disímiles respecto de la legitimación procesal de la CGR, así como una práctica recurrente de algunos abogados litigantes de considerar un desequilibrio del proceso penal, donde el imputado debe defenderse, en algunas ocasiones, no solamente de la acusación del Ministerio Público y la querella o acción civil de la PGR, sino también de la querella o acción civil de la CGR, así como de las acciones penales de la administración donde se realizó el delito.

A modo de ejemplificar lo anterior, el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública del II Circuito Judicial de San José, mediante la Resolución de las 10:00 horas del 14 de noviembre de 2018, al resolver acerca de la homologación de una medida alterna, indicó lo siguiente:

De esta forma, al existir una negativa a la solución alternativa de reparación integral del daño por parte de la Contraloría General de la República,

pese a la anuencia de la Procuraduría General de la República, no se puede acoger la solución alternativa de reparación integral del daño, siendo este aspecto vinculado a la voluntad de la parte ofendida.

Por lo tanto, este voto reconoce a la CGR como parte ofendida de un proceso penal de Hacienda y función pública y, por ende, su criterio es vinculante para aceptar o denegar una medida alterna².

Sin embargo, el Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José, en conocimiento de un recurso de apelación sobre el rechazo de la medida alterna por la oposición referenciada de la CGR, mediante el Voto n.º 212-2020, dictado a las 17:30 horas del 17 de julio de 2020, esgrimió el siguiente criterio:

(...) Esta designación que el Código realiza, le otorga las facultades de los numerales 70 y 71, además de las facultades como participe (sic) del proceso, que puede compartir con la Contraloría en casos específicos y limitados, pero nunca considerar a esta última como la representante del Estado en el termino de asimilarla como víctima del proceso penal. Claro lo anterior la determinación del Aquo resulta equívoca, pues si bien es cierto debía de tomarle parecer a dicha representante, su negativa nunca debió de ser utilizada para rechazar la propuesta de medida alterna, y en ese sentido se acoge el recurso de apelación venido en alzada.

Asimismo, el Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José, en el Voto n.º 345-2021, dictado a las 16:10 horas del 11 de octubre de 2021, indicó:

Este último numeral hace evidente que la Contraloría General de la República no puede representar al Estado en una conciliación, puesto que los delitos contra la Hacienda Pública son susceptibles de generar un daño social, cuyo cobro rebasaría la competencia que la Contralora, daño que en la especie forma parte del acuerdo

2 En similar sentido, resolvió el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José mediante el Voto n.º 52-2019 de las 8:00 horas del 24 de enero de 2019. En donde, debido a la especialidad del delito acusado —influencia en contra de la Hacienda Pública— la CGR posee legitimación para actuar en el proceso penal.

conciliatorio, siendo que el único legitimado para acreditarlo y exigir su pago lo es la Procuraduría General de la República por imperio legal del citado numeral 38. (...)” Como podemos colegir dicha participación es potestativa y no afectará la integración de la litis, puesto que la única representante del Estado Costarricense lo es la Procuraduría General de la República. La normativa es muy clara en relación a las limitaciones procesales en las que puede intervenir la impugnante, el hecho que pueda querellar no la hace representante del Estado, ni le otorga la condición de víctima y por ello ninguna participación le otorga en el instituto de la conciliación, más allá de una mera contralora de legalidad.

Como podrá notar el lector, existen criterios disímiles en la jurisdicción penal de Hacienda y función pública respecto de la participación de la CGR, así como sus efectos jurídicos en distintos escenarios.

En vista de lo anterior, este pequeño artículo tiene el propósito de exponer un análisis jurídico de normativa, doctrina y jurisprudencia sobre la participación de la CGR en los procesos penales de Hacienda y función pública. De manera que, con este análisis, se logre brindar mayor claridad respecto de cuál es la normativa que sustenta su legitimación procesal en relación con la naturaleza jurídica de algunos delitos contra los deberes de la función pública; y con ello, facilitar el entendimiento a la comunidad jurídica, no sólo del factor legal que brinda sustento a su legitimación procesal, sino también de la importancia de contar con la entidad de fiscalización superior costarricense como parte de los procesos penales de Hacienda y función pública.

2. Marco legal de la legitimación procesal penal de la CGR

2.1 La CGR como órgano fundamental del Estado costarricense

La CGR forma parte de las bases orgánicas fundamentales del Estado costarricense y, al estar

enmarcada en la Constitución Política, el juez constitucional ha tenido distintas oportunidades de analizar las labores que el legislador constituyente le ha encomendado en la vigilancia de la Hacienda Pública.

Uno de los análisis más recientes del juez constitucional en la materia, es el empleado a través del Voto n.º 21375-2024 del 29 de julio de 2024, donde se mencionan las distintas funciones administrativas del Órgano Contralor:

La CGR es el órgano constitucional fundamental, rector y superior, establecido por nuestro Constituyente para, con independencia funcional, desempeñar la función específica y determinada de la vigilancia de la Hacienda Pública, en tanto se la constituyó dentro de un Estado democrático de Derecho, ubicándola también como un freno y contrapeso en el ejercicio de sus funciones de control (que es estricto y rígido), se convierte en una garantía de tal Estado democrático de Derecho y las disposiciones que la regulan en un asunto de orden público. En esta dirección, la CGR ejerce una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, con competencias explícitas e implícitas, en la verificación de la legalidad, pero también de la oportunidad (eficiencia), en materias básicas como manejo de fondos públicos, procedimientos de contratación administrativa y presupuestos públicos, que le permiten el control previo, pero también el posterior, en toda su amplitud. Por consiguiente, el resguardo de las competencias asignadas por el Constituyente a la CGR le impide al legislador ordinario rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas, atribuírselas a otros o modificarlas de forma contraria al Derecho.

Este extracto, entre otros aspectos de importancia, recuerda el principio de supremacía de la Constitución Política en relación con las competencias constitucionales de la CGR, las cuáles al encontrarse resguardadas por este principio, el legislador ordinario para lograr su modificación, deberá recurrir a la reforma parcial de la Carta Magna conforme al numeral 195 de su cuerpo normativo.

2.2 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República

Además de dichas competencias administrativas, el legislador consagró en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República n.º 7428 (en adelante, LOCGR) otras competencias de carácter procesal, las cuales serán nuestro punto central de atención en este artículo, pues forman parte del fundamento normativo que habilita al Órgano Contralor para participar ante estas instancias judiciales.

El artículo 35 de dicha Ley le otorga a la CGR la posibilidad de participar en procesos judiciales mediante distintos roles, ya sea como coadyuvante de una administración pasiva de fiscalización (en los procesos judiciales que reconocen la figura de la coadyuvancia), como parte actora, o como *amicus curiae*; todas ellas procedentes cuando “la pretensión objeto del proceso se encuentre regulada por la normativa jurídica relativa a la Hacienda Pública.”

Esto nos lleva a abordar, necesariamente, el concepto de “Hacienda Pública” que se encuentra definido en la misma LOCGR, que sin la intención de ser exhaustivo, pero sí preciso, nos remitimos a la norma:

Artículo 8.- Hacienda Pública. La Hacienda Pública estará constituida por los fondos públicos, las potestades para percibir, administrar, custodiar, conservar, manejar, gastar e invertir tales fondos y las normas jurídicas, administrativas y financieras, relativas al proceso presupuestario, la contratación administrativa, el control interno y externo y la responsabilidad de los funcionarios públicos. (...).

De manera distinta a lo que comúnmente se asocia a la Hacienda Pública, su definición es mucho más comprensiva que la de fondos públicos, pues abarca también las potestades para recibirlos, administrarlos, custodiarlos, conservarlos, manejarlos, gastarlos e invertirlos; asimismo, comprende a su vez las normas jurídicas y financieras del proceso presupuestario, de contratación administrativa, control interno y externo, y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Cabe señalar que esta legitimación activa es de carácter

potestativo, a diferencia, por ejemplo, de la ostentada por la PGR en el artículo 3 de su Ley orgánica, n.º 6815. Por lo que la CGR podrá analizar de manera casuística los casos en que participará judicialmente cuando se encuentre involucrada la Hacienda Pública bajo los términos anteriormente expuestos.

Por su parte, el artículo 36 de la LOCGR amplía considerablemente su competencia procesal, en tanto esta norma le otorga al Órgano Contralor “las mismas garantías y facultades procesales asignadas por ley a la Procuraduría General de la República”.

Por lo que, cuando un código procesal le otorga cierta garantía o facultad procesal a la PGR, la misma podría también ser ejercida, o utilizada, por la CGR.

Esta ampliación de legitimación procesal de la CGR, equiparable a la de la PGR, fue introducida por el Código Procesal Contencioso Administrativo n.º 8508 en el año 2006, cuerpo normativo que también reformó el artículo 35 estudiado supra.

Entonces, el artículo 16 del CPP, con el que se inició el presente artículo, a pesar de que no lo indique expresamente, puede interpretarse de la siguiente manera: en los delitos contra los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la Hacienda Pública, los deberes de la función pública y los contenidos en la Ley n.º 8422 (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública), la Contraloría General de la República también podrá ejercer directamente la acción penal sin subordinarse a las actuaciones del Ministerio Público o de la Procuraduría General de la República.

Por ende, bajo este marco normativo, ya se logra hallar una de las habilitaciones expresas que prevé la LOCGR, en relación con el CPP, para que el Órgano Contralor pueda participar de manera facultativa, directa e insubordinada en los procesos penales cuando se vean infringidos algunos de los bienes jurídicos mencionados en el artículo 16 del CPP, siendo la Hacienda Pública el de mayor interés, al ser el bien jurídico cuya vigilancia el constituyente consagró a la CGR en el artículo 183 de la Constitución Política.

A continuación, se procederá a desarrollar de manera breve cada uno de los roles bajo los que podría participar la CGR conforme al CPP, haciendo algunas referencias a antecedentes jurisprudenciales de la Sala III y doctrina para mayor ahondamiento.

3. ¿Quién es la víctima en los delitos contra la Hacienda y función pública?

El Comité Jurídico Interamericano realizó recientemente un informe denominado “La participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción”, donde analiza distinta normativa procesal penal y normativa internacional interamericana, comparando cada uno de ellos en relación con la participación de las víctimas en los procesos penales contra delitos de corrupción. Un aporte interesante de dicho informe se debe al análisis realizado en cuanto a la conceptualización sobre la “víctima” y sus efectos en cada uno de los modelos de participación que clasificaron al efecto.

En primer lugar, se encuentra el modelo clásico de representación directa. Donde la persona, literalmente afectada de manera directa por los efectos del injusto penal, es la que se considera víctima. Ejemplo de este modelo son los códigos procesales penales de Chile, Paraguay, Colombia, Canadá y Surinam. (Comité Jurídico Interamericano, 2024, p.6).

Trasladando dicha semántica jurídica específicamente a los delitos contra la Hacienda y función pública, la persona directamente ofendida por estos delitos sería el Estado, quien en resguardo del interés general, mantiene una entidad u órgano específico de carácter público para que ejerza la acción penal en su representación —como por ejemplo el Ministerio Público en el caso costarricense—.

Un segundo modelo, de manera más clara y categórica, ha aceptado en sus legislaciones penales la posibilidad de que organizaciones civiles puedan participar en los procesos penales como querellantes o demandantes; sin embargo, su aplicación en los delitos de corrupción no resulta tan clara. En todo caso, el objeto de dicha organización debe estar vinculado directamente con

el bien jurídico tutelado por el delito correspondiente. En este caso, los países de Bolivia, Ecuador y Perú se caracterizan por la aplicación de este modelo.

Por último, el tercer modelo, como es el caso de El Salvador, Honduras y Costa Rica, sus códigos procesales penales admiten de manera clara y expresa la participación de estas organizaciones civiles cuando se esté frente a delitos de corrupción.

No obstante lo anterior, desde una visión integral de los efectos del injusto penal de los delitos de corrupción —como les llamó el Informe de la CIJ— son todas las personas, a pesar de que sean los distintos entes públicos u organizaciones civiles los legitimados a ser parte acusatoria en los procesos penales.

Ya sea que se trate de un delito de peculado, de influencia contra la Hacienda Pública, enriquecimiento ilícito, falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados u otro, los fondos públicos que se encontraban destinados a servir para determinado programa social, para la construcción de una carretera, hospital, centro educativo, etc., no llegaron a su destino para satisfacer el interés general y, en su lugar, sirvieron para que determinada persona o personas se vieran beneficiadas producto de su ambición.

Entonces, la persona que se encontraba en el pasillo del Hospital esperando una camilla adecuada para su atención médica, la persona que por la falta de carreteras adecuadas espera 2 o 3 horas adicionales para llegar a su casa, las que esperaban la construcción de una escuela más cercana para poder llevar a sus hijos, entre otros escenarios que podrá imaginar el lector; son los efectos de los delitos contra los deberes de la función pública, y como podrá notar afecta indiscriminadamente a todas las personas de una sociedad.

Esta es precisamente una de las características de este tipo de delitos, pues afectan a intereses difusos, y como consecuencia ubicar una víctima directa además de una tarea difícil, podría resultar también innecesaria.

Pues al ser una determinada sociedad la que sufre los efectos de dichos crímenes —podría entenderse

también que todas las personas son víctimas directas—, el verdadero reto se encuentra en cómo canalizar el interés general de la sociedad para que, mediante mecanismos procesales adecuados, sea la legitimación procesal de las organizaciones civiles, entidades estatales o un particular de manera directa mediante la acción popular, logren participar y vean satisfecho su derecho de acceso a la justicia y a la reparación de los daños y perjuicios recibidos como consecuencia de este tipo de delitos.

La CIJ indicó en su informe:

En los casos de corrupción, no solo se pierden recursos públicos, también existen impactos negativos en el ejercicio de los derechos humanos. Las víctimas que sufren la falta de servicios, las infraestructuras de mala calidad o inseguras, o las apropiaciones de tierras que están detrás de muchas tramas de corrupción, tienen que ser tomadas en cuentas en los procesos penales y pueden convertirse en actores coadyuvantes de la justicia, que promueven el avance de esos procesos.

Desde esta perspectiva, en el entendimiento que las víctimas de la corrupción pueden ser todas aquellas personas, individuales o colectivas, que haya sufrido un daño en sus derechos, directa o indirectamente, como consecuencia de un acto de corrupción. (Comité Jurídico Interamericano, 2024, p.3).

4. La CGR como víctima en los delitos contra la Hacienda y función pública

El artículo 70 del CPP define de manera genérica las personas que pueden ser consideradas víctimas de los distintos delitos reconocidos en Costa Rica. En el caso bajo estudio, siendo los delitos contra los deberes de la función pública, cobran relevancia los incisos a) y d), que indican:

Artículo 70.- Víctimas. Serán consideradas víctimas:

a) La persona directamente ofendida por el delito.

(...) d) Las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

Como se ha venido sosteniendo, los delitos contra la Hacienda y la función pública afectan en su totalidad a los habitantes de un país, por lo que cada uno de ellos puede ser considerado una persona directamente ofendida por dicho delito.

Asimismo, al ser delitos especiales propios, el ente público en el que el funcionario público labora también puede ser considerado víctima, en tanto los deberes a los que se debía su cargo y el interés público que estaba destinado a satisfacer en el mismo, no se lograron materializar.

Por otro lado, el inciso d) estima que pueden ser víctimas las asociaciones, fundaciones y otros entes de carácter registral, siempre y cuando el objeto de dicha organización esté vinculado de manera directa con los intereses o el bien jurídico tutelado por el delito, que en este caso pueden ser la probidad en la función pública, la lucha contra la corrupción, la transparencia, la fiscalización de los fondos públicos, el apoyo a un programa estatal específico, etc.

A pesar de que de la lectura de esta norma no se logre interpretar de manera directa que la CGR puede ser considerada víctima de un delito contra la Hacienda y la

función pública, lo cierto es que sí ha sido considerada víctima en muchos de los procesos penales propios de esta jurisdicción, y en razón de ellos, ha participado de manera activa.

Parte del fundamento ya fue expuesto anteriormente en relación con los artículos 35 y 36 de la LOCGR, que le otorgan las mismas facultades procesales reconocidas legalmente a la PGR, al Órgano Contralor.

Sin embargo, existe además otra razón por la que la CGR puede ser considerada víctima, y se debe a la relación existente entre su función constitucional y los bienes jurídicos tutelados por los delitos contra la Hacienda y la función pública.

Como se expuso inicialmente, la CGR tiene una función constitucional de vigilancia de la Hacienda Pública, y es precisamente en muchos de estos casos penales que el objetivo de los partícipes en estos delitos de corrupción, es obtener una ventaja indebida sobre el patrimonio del Estado.

4.1 El caso de los delitos contra los deberes de la función pública

El Código Penal n.º 4573 dispone en su Título XV los delitos contra los deberes de la función pública, donde se encuentra el delito de peculado, cohecho propio, cohecho impropio, malversación, concusión, etc.; entre otros delitos que, como lo infiere su título, se encuentran dirigidos a proteger el bien jurídico “deberes de la función pública”. En consecuencia, conforme al contenido normativo de estos tipos penales, la afectación al patrimonio estatal es un aspecto accesorio o circunstancial, innecesario para demostrar la configuración típica de estos delitos.

Francisco Castillo al analizar el delito de peculado, afirmó lo siguiente:

Nuestra jurisprudencia ha identificado los Deberes de la Función Pública con el deber de probidad en el ejercicio de la función pública.

La Sala Tercera ha sido parca al fundamentar su tesis, de que el delito de peculado es un delito

contra el deber de probidad en el ejercicio de la función pública. En la sentencia de 14:50 Hs. de 16 de abril de 1998 intenta hacerlo con la siguiente frase: “Basta observar la ubicación del artículo 352, dentro del Título XV, Sección V del Código Penal, lo que permite inferir su etiología”.

El artículo 352 del Código Penal es puesto por el legislador en los “Delitos contra los Deberes de la Función Pública”, lo cual permite inferir, al menos formalmente, que el peculado es un delito contra los deberes de la función pública. El peculado es, entonces, un delito contra el deber de probidad en los deberes de la función pública, respecto a los bienes o dineros que un funcionario tiene por razón de su cargo.

(...) El peculado no es un delito contra la propiedad ni contra el patrimonio. Tampoco exige ese tipo penal como requisito para la consumación la causación de un perjuicio patrimonial o la producción de una modificación del mundo exterior, que es lo que se conoce con el nombre de resultado en sentido estricto. (Castillo, 2000, pp. 16 y 17).

Por ende, si en un caso concreto no hay perjuicio patrimonial o afectación a la Hacienda Pública, el delito en principio no menoscabaría la función constitucional del Órgano Contralor, y el rol de víctima podría quedar relegado al Estado y a la administración concreta en la que el funcionario cometió el delito correspondiente.

Caso contrario, cuando estos delitos vienen acompañados de un perjuicio patrimonial o afectación a la Hacienda Pública, significa que el delito trascendió la afectación de los deberes de la función pública y, por ende, tuvo efectos negativos sobre el régimen de fiscalización que realiza la Contraloría General, por lo que podría ser considerada víctima en estos casos.

4.2 El caso de los delitos contra la Hacienda Pública

Esta no es la misma situación con los delitos introducidos posteriormente en el año 2008 mediante la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito

en la Función Pública n.º 8422 (en adelante, LCCEIFP), debido a que estos delitos brindan mayor relevancia a la Hacienda Pública y al perjuicio patrimonial, ya sea de manera inferida o expresa, como es el caso de los delitos de falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, pago irregular de contratos administrativos, enriquecimiento ilícito, apropiación de bienes obsequiados al Estado y, el mejor ejemplo, la influencia en contra de la Hacienda Pública, donde el artículo 57 dispone expresamente:

Serán penados con prisión de dos a ocho años, el funcionario público y los demás sujetos equiparados que, al intervenir en razón de su cargo, influyan, dirijan o condicionen, en cualquier forma, para que se produzca un resultado determinado, lesivo a los intereses patrimoniales de la Hacienda Pública o al interés público, o se utilice cualquier maniobra o artificio tendiente a ese fin. (Énfasis añadido)

Por ende, en esta Ley el perjuicio patrimonial del Estado cobra mayor relevancia, siendo un elemento esencial del tipo para su configuración. Esto refleja que, en los delitos indicados de la LCCEIFP, se protege un bien jurídico adicional de los deberes de la función pública, siendo la Hacienda Pública. En ese sentido, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José, indicó:

Para iniciar, debe decirse que los tipos penales de enriquecimiento lícito, reconocimiento ilegal de beneficios e influencia en contra de la hacienda pública, sancionados respectivamente en los artículos 45, 56 y 57 de la Ley de Enriquecimiento ilícito N° 8422, sancionan aquellas conductas que atentan contra la hacienda pública y del deber de probidad en el ejercicio del cargo como funcionario público. Sugieren que todo servidor está obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público, a atender las necesidades colectivas prioritarias de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para todos los habitantes de la República. También, obligan a demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que confiere la ley, y a asegurarse de que las decisiones que se

adopten en cumplimiento de las atribuciones se ajusten a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución a la que pertenece. Finalmente, a administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente (cfr. artículo 3, Ley 8422). (Voto n.º 693-2015, 2015, p.3.) (Énfasis añadido).

Por ende, al verse casuísticamente afectada la Hacienda Pública en los delitos contra los deberes de la función pública regulados en el Código Penal, y de manera necesaria en algunos delitos de la LCCEIFP, se tiene que el objeto de fiscalización que le ha encomendado el constituyente a la Contraloría General de la República (la Hacienda Pública) ha sido vulnerado, y que, por ende, puede acudir en razón de víctima directa al haber sido afectado el objeto fundamental de su existencia y su labor de fiscalización que sobre la misma realiza.

5. La CGR como querellante

El Título III del CPP incorpora las distintas disposiciones normativas relacionadas con la víctima, y a efectos de la temática propuesta en este corto artículo, se realizará un énfasis somero sobre alguno de sus derechos y su aplicación específica en el caso de la Contraloría General de la República. El numeral 71 establece estos derechos y deberes de la víctima, los cuales el legislador diferenció en tres categorías: 1) derechos de información y trato; 2) derechos de protección y asistencia; y 3) derechos procesales.

Esta última clasificación es la que nos interesa, pues ha sido sobre la que hemos estado comentando brevemente.

El inciso 3), parágrafo f) del artículo 71, indica que la víctima tiene derecho a:

f) A ejercer la acción civil resarcitoria, en los términos y alcances que define este Código, a plantear la querella en los delitos de acción privada, a revocar la instancia en los delitos de acción pública dependiente de instancia privada, a solicitar la conversión de la acción pública en acción privada, así como a desistir de sus querellas o acciones, todo en los términos y alcances que

define este Código.

De este extracto, para nuestro caso, no se incluye de manera expresa el derecho a ejercer la querella de acción pública, por lo que este artículo debe concordarse y leerse en conjunto con el artículo 75 del mismo cuerpo legal, que indica:

En los delitos de acción pública, la víctima y su representante o guardador, en caso de minoridad o incapacidad, podrán provocar la persecución penal, adherirse a la ya iniciada por el Ministerio Público o continuar con su ejercicio, en los términos y las condiciones establecidas en este Código.

El hecho de que una persona, asociación o entidad pueda ejercer la querella —sea de acción pública o privada—, o la acción civil resarcitoria, se debe a que esta es considerada víctima de determinado delito, por lo que el ordenamiento jurídico le otorga este derecho procesal para garantizar su acceso a la justicia.

Es decir, el fundamento para que una persona pueda acudir como actor en un proceso penal mediante la querella o la acción civil, es porque es víctima de la situación presuntamente delictiva que se encuentra conociendo el Ministerio Público, ya sea que la ejerza de manera directa o por medio de un representante.

La Sala III de la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia ha reconocido de manera expresa que la CGR puede ser parte querellante dentro de un proceso penal, lo que significa que también puede llegar a ser considerada víctima, y por ende la normativa en comentario del CPP le es aplicable, según corresponda.

Indicó la Sala III fundamentándose en los artículos 35 y 36 de la LOCGR, el artículo 75 del CPP y el artículo 183 de la Constitución Política:

De lo expuesto se colige que, conforme la normativa vigente en nuestro país, la Contraloría General de la República estaba plenamente legitimada para constituirse en querellante en la causa examinada. Nótese que la investigación del presente proceso dio inicio producto de una denuncia presentada por dicha institución (cfr, folios 1 a 16 del Tomo

I del expediente principal). El ordinal 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le concede a esta institución las mismas facultades que a la Procuraduría General de la República, pudiendo intervenir como querellante dentro de un proceso penal en casos como el que nos ocupa, en el que se acusó la comisión de delitos contra la Hacienda Pública y los deberes de la función pública. (Voto n.º 877-2011, 2011, p. 3).

A pesar de que no se han encontrado precedentes de la Sala III donde se reconozca de manera expresa la condición de víctima a la CGR, lo cierto es que sí se logró ubicar lo anterior sobre su calidad de querellante en los delitos contra la Hacienda Pública y los deberes de la función pública. Por ende, reconocerle este derecho procesal al Órgano Contralor en esta materia, implica necesariamente considerarlo también como víctima.

6. CGR como actor civil

Otra manifestación de los derechos procesales de la víctima lo constituye la potestad de ejercer la acción civil resarcitoria. Consecuentemente, con base en el apartado anterior sobre la condición de víctima con la que podría contar la CGR en determinados delitos, tiene el Órgano Contralor la potestad de ejercer la acción civil resarcitoria en el proceso penal.

Queda para futuro análisis al superar los objetivos de este artículo si esta potestad podría permitir a la Contraloría General el ejercicio de la acción civil resarcitoria por el daño social, daño material, o ambos. Sin embargo, sin la intención de ahondar en dicho tema, lo cierto es que conforme al artículo 71 inciso 3) parágrafo f), la CGR ostenta esta potestad de manera casuística en ciertos delitos contra los deberes de la función pública, y en principio en todos los delitos contra la Hacienda Pública.

En la práctica, la CGR no ha ejercido la acción civil resarcitoria en los delitos en estudio, sino que han sido la PGR y la administración donde ocurrió el delito quienes han ejercido estas acciones procesales, manteniéndose el Ministerio Público y la CGR con la pretensión acusatoria en contra de los imputados -en el caso de la CGR es la querella de acción pública-.

Esto ha permitido que, en los procesos penales en estos delitos, existan posiciones acusatorias reforzadas para el abordamiento de estos casos complejos.

7. Potestad atípica de la CGR

Durante la revisión jurisprudencial del presente artículo, se halló un voto relevante sobre la participación de la CGR en los procesos penales de una manera distinta a la concebida tradicionalmente, sea como querellante, actor civil, etc. Si bien esta participación no se restringe a los delitos contra la Hacienda y función pública, sí podría presentarse en este escenario.

Esta potestad no se encuentra dispuesta en el Código Procesal Penal, de allí que la haya denominado "atípica". Sin embargo, estimó la Sala III en su momento, que deriva de la aplicación del artículo 3, 35 y 36 de la LOCGR.

En el Voto n.º 127-2000 de la Sala III, se conoce un recurso de casación interpuesto por algunos imputados que fueron condenados por el delito de homicidio culposo, donde además se condenó a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) por los daños y perjuicios ocasionados, producto de una acción civil resarcitoria interpuesta en su contra.

El aspecto de especial interés sobre dicho voto, se debe al criterio de la Sala III al abordar el reclamo expuesto por el representante legal de la CCSS, en donde sostiene la existencia de una nulidad en vista de que no se le dio audiencia a la CGR respecto de la acción civil interpuesta en contra de su representada, y que su intervención es fundamental al estar involucrada la Hacienda Pública y pretenderse por la parte actora civil una pretensión económica en su contra.

La Sala III dispuso lo siguiente:

En esa tesitura y, conforme lo consideró el a quo (folio 1059 vuelto), si algún vicio se produjo al no darse traslado de la acción civil a la Contraloría General de la República, este resultó convalidado, no solo por ser ello jurídicamente posible, en virtud de tratarse de una coadyuvancia facultativa (y no un litisconsorcio necesario), sino porque la Caja Costarricense de Seguro Social, ente

autónomo del Estado, con personalidad jurídica propia, se apersonó al proceso, estuvo presente en todas sus fases y gozó, entonces, de todos los poderes y facultades procesales que le asegura el ordenamiento jurídico, sin que solicitara, en su oportunidad, la coadyuvancia que ahora señala. La pretensión de las normas que se estiman inobservadas es la de garantizar la efectiva defensa del patrimonio público y, desde esta perspectiva, mal puede quien recurre afirmar que a la Caja Costarricense de Seguro Social se le colocó en estado de indefensión por no haberse convocado a la Contraloría, cuando esta última ni siquiera está obligada a intervenir. El recurrente ha acudido, incluso, ante esta sede en procura de obtener la tutela de los intereses de su representada, de donde se obtiene que ningún agravio se ha infligido a aquella institución ni al Estado o a la defensa de la Hacienda Pública en general, y que el defecto, aun cuando pudiese calificarse de -absoluto criterio que, como se indicó supra, no es el que sostiene esta Sala-, tampoco podría conllevar el decreto de una nulidad sin que obedeciese a la nulidad misma, lo cual es inadmisibles en cualquier tipo de proceso, incluido el penal. En mérito de lo anterior, se desestima el reclamo. Sin embargo, se le hace ver al a quo que, en lo sucesivo, deberá dar traslado a la Contraloría en aquellos procesos que así lo requieran, con arreglo a las disposiciones de esa entidad. (Voto n.º 127-2000, 2000, p. 26). (Énfasis añadido).

Conforme al extracto del voto anterior, entonces, puede agregarse que la CGR tiene la potestad de intervenir en los procesos penales y pronunciarse sobre las acciones civiles dirigidas contra entes de la administración pública, y determinar si participa o no en favor de la demandada civil.

A pesar de que esta potestad es ajena al tipo de delitos en estudio, pues las acciones civiles se dirigen contra los funcionarios públicos u otras personas involucradas en su condición personal, y no contra la administración donde se suscitó el delito; este voto es importante comentarlo en el tanto destaca una potestad procesal del Órgano Contralor en la jurisdicción penal, y su rol esencial en la vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública.

8. Más allá de la legalidad

Expuesto el fundamento de legalidad que motiva la participación de la CGR en los procesos penales, se desea agregar que el Órgano Contralor cumple un papel fundamental que trasciende el formalismo legal al intervenir en los procesos judiciales penales de Hacienda Pública y función pública.

Esto se debe a que la CGR contribuye a satisfacer el interés público de las víctimas de este tipo de delito — la sociedad de un país—, a reunir elementos de prueba importantes, criterios jurídicos y jurisprudenciales para combatir la impunidad y coadyuvar al derecho fundamental de justicia pronta y cumplida de todos los ciudadanos.

Incluso, algunos procesos penales han iniciado gracias a la labor de fiscalización que realiza el Órgano Contralor, y por ende contar con su participación ante la autoridad jurisdiccional es esencial al momento de evacuar la prueba en el juicio oral y público.

No debe dejar de lado el lector que este tipo de casos suelen ser de alta complejidad jurídica por distintos factores, que van desde la interpretación y configuración del delito, y que aspectos como el concurso de delitos y de normas, la autoría y la participación, incrementan su complejidad.

Por ende, al tener la parte acusadora la carga de la prueba y la sustentación de su teoría del caso, tener un caso depurado y claro ante la autoridad jurisdiccional es vital para obtener una acusación, querella y acción civil resarcitoria favorable en la sentencia.

Adicionalmente, estos procesos penales por naturaleza cuentan con una exhaustiva cantidad de prueba documental, sean uno o varios expedientes de contratación administrativa, expedientes de recursos humanos, investigaciones de auditorías internas, oficios administrativos, etc.; sobre los cuales delimitar para las autoridades juzgadoras la prueba que sustenta el hecho delictivo es también una tarea retadora.

En ocasiones, además, la corrupción logra incidir en las esferas de poder público en forma de crimen organizado,

donde demostrar los acuerdos colusorios para la perpetración de los hechos delictivos también resulta complejo para la policía de investigación judicial, entre otras variables que dan como resultado casos complejos desde el punto de vista pragmático y jurídico.

Por ende, la ayuda que la CGR pueda brindar desde la parte acusatoria resulta fundamental para sobrellevar y superar estas dificultades, en cierta manera “naturales”, con las que suelen contar los casos contra la Hacienda Pública y función pública.

En consecuencia, la participación de la CGR en estos procesos penales, más que un aspecto de legalidad, es también un aspecto de necesidad, que logra satisfacer en cierta medida el interés público de la sociedad de obtener justicia pronta y cumplida, así como la lucha contra la impunidad de este tipo de situaciones delictivas.

A modo de ejemplo, el Instituto Costarricense sobre Drogas, la PGR, el Ministerio Público y la CGR firmaron una carta intención el 30 de junio de 2010 en la que se conforma una alianza estratégica interinstitucional para luchar contra la corrupción, y en cuya cláusula tercera, sobre el objetivo del equipo de trabajo, se acordó:

- Crear un frente común con la participación activa de la Contraloría General de la República, el Instituto Costarricense sobre Drogas, la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público, en la lucha contra la corrupción y la impunidad. (CGR, MP, ICD y PGR, 2010, p.4).

Por ende, la participación activa de la CGR en los procesos penales de corrupción en la función pública es el mayor escenario donde puede llevar a cabo este objetivo, porque es precisamente este mecanismo judicial el que se ha dispuesto para solventar los delitos relacionados con la corrupción en la esfera pública.

9. Cierre

La legitimación procesal de la CGR en la jurisdicción penal de Hacienda Pública y función pública es una temática que ha sido poco analizada en pronunciamientos judiciales, en comparación con otros aspectos jurídico-penales, donde existen líneas jurisprudenciales de la Sala III estables y reiterativos

a través de los años, doctrina, tesis de investigación, entre otras fuentes del derecho. Es precisamente por esta razón, que existen y podrían seguir existiendo criterios disímiles de los juzgados y tribunales de juicio sobre esta materia.

Esto hace necesario investigaciones jurídicas y doctrina pioneras sobre la temática, como lo pretende ser el presente artículo mediante una primera aproximación sobre los aspectos jurídico-normativos que brindan sustento a la legitimación procesal de la CGR ante la jurisdicción penal de Hacienda y función pública.

De la revisión y análisis jurisprudencial, normativo y jurídico expuesto, se puede concluir que la CGR se encuentra legitimada para participar de manera directiva, facultativa e insubordinada en los procesos penales de Hacienda Pública y función pública, por las siguientes razones:

1. Fundamento normativo: Los artículos 35, 36 de la LOCGR, en concordancia con el artículo 16 del CPP, son el fundamento normativo para que la CGR se apersona ante la jurisdicción penal de Hacienda Pública como víctima, querellante o actor civil.

2. Fundamento jurídico: En virtud de su función constitucional de vigilancia de la Hacienda Pública, en los términos definidos por el artículo 8 de la LOCGR, la configuración de los delitos regulados en la LCCEIFP, y casuísticamente los delitos contra los deberes de la función pública, afectan el bien jurídico de "Hacienda Pública". Lo que significa una afectación al bien jurídico que el constituyente le encomendó a la CGR vigilar, por ende, el Órgano Contralor podría ser tenido como víctima dentro de dicho proceso penal, pudiendo ejercer la acción penal o civil correspondientes.

3. Fundamento jurisprudencial: Se han expuesto algunos criterios judiciales del Juzgado Penal de Hacienda y Función Pública, del Tribunal de Apelación de Sentencia de la misma jurisdicción, y de la Sala III, donde principalmente esta última ha reconocido expresamente que la CGR puede intervenir como querellante en estos procesos

penales, y que al ser reconocido como querellante, implica también ser tenido como víctima en virtud de los artículos 71 y 75 del CPP.

Adicionalmente, la Sala III ha reconocido una potestad particular de la CGR, donde se le debe dar traslado de las acciones civiles contra las administraciones fiscalizadas.

Todo este análisis es suficiente para sustentar la legitimación procesal de la CGR en los procesos penales. Sin embargo, su participación se hace necesaria por razones adicionales y que trascienden lo jurídico, para combatir la impunidad y cumplir con la visión y misión no solo institucional, sino del país en la lucha contra la corrupción. La participación de la CGR ante dichas instancias judiciales es para tener efectos reales en casos mejor preparados, con mayor fundamento jurídico y probatorio.

Inclusive, la participación de la CGR también puede ser entendida como uno de los mecanismos nacionales para satisfacer el interés general de la sociedad en buscar justicia ante casos de corrupción en la esfera pública, tal como lo ha expuesto el Comité Jurídico Interamericano en su reciente informe.

De esta manera, la función de vigilancia de la Hacienda Pública que le encomendó el constituyente a la CGR no se materializa únicamente en el ámbito administrativo, sino también judicial.

10. Referencias

Asamblea Constituyente de la República de Costa Rica. (1949, 7 de noviembre). Constitución Política. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1970, 4 de mayo). Código Penal, Ley n.º 4573. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1994, 7 de septiembre). Ley Orgánica de la

Contraloría General de la República, Ley n.º 7428. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (1996, 10 de abril). Código Procesal Penal, Ley n.º 7594. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=41297

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2004, 6 de octubre). Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley n.º 8422. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=53738

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2006, 28 de abril). Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley n.º 8508. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=57436

Castillo González, F. (2000). El delito de Peculado. Juritexto.

Comité Jurídico Interamericano. (2024, 16 de agosto). Informe final: La participación de las víctimas en los procesos penales contra actos de corrupción (CIJ/doc 740/24). (105º período ordinario de sesiones).

Contraloría General de la República. (2025, 31 de enero). Informe Anual de la División Jurídica al 31 de diciembre de 2024 (Oficio n.º DJ-0172).

Contraloría General de la República, Instituto Costarricense sobre Drogas, Ministerio Público, y Procuraduría General de la República. (2010, 30 de junio). Carta de intención para conformar una alianza estratégica para la lucha contra la corrupción [Carta de intención]. Recuperado de https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_740-24_ESP.pdf

Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública del II Circuito Judicial de San José. (2018, 14 de noviembre). Resolución de las 10:00 horas.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2024, 29 de julio). Resolución n.º 21375-2024. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1250313>

Sala III de la Corte Suprema de Justicia. (2000, 4 de febrero). Resolución n.º 00127-2000. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-128754>

Sala III de la Corte Suprema de Justicia. (2011, 22 de julio). Resolución n.º 00877-2011. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-521447>

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. (2015, 11 de mayo). Resolución n.º 00693-2015. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-644254>

Tribunal Penal de Hacienda y la Función Pública del II Circuito Judicial de San José. (2019, 24 de enero). Resolución n.º 52-2019.

Tribunal Penal de Hacienda y la Función Pública del II Circuito Judicial de San José. (2020, 17 de julio). Resolución n.º 212-2020.

Tribunal Penal de Hacienda y la Función Pública del II Circuito Judicial de San José. (2021, 11 de octubre). Resolución n.º 345-2021.



Mario Peña Chacón¹

Del principio in dubio pro natura al principio pro natura: evolución progresiva en la justicia ambiental y climática interamericana

Sumario

1. Introducción
2. Antecedentes
3. Nuevo enfoque expansivo
4. Implicaciones jurídicas
5. Conclusiones
6. Referencias

¹ Consultor, investigador, abogado litigante y profesor de derecho del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad de Costa Rica y sus Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público. 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).



Palabras clave: principio pro natura, principio in dubio pro natura, justicia ambiental, derechos humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, evolución jurídica, jurisprudencia regional.

Resumen: Este artículo analiza la evolución del principio in dubio pro natura hacia el principio pro natura en el contexto del derecho ambiental y la justicia climática en América Latina. Se examina la reciente Opinión Consultiva 32/25 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que marca un hito en la interpretación de los principios ambientales, destacando la importancia de una visión armónica entre los principios pro natura y pro persona. Además, se revisan las implicaciones jurídicas y doctrinales de esta evolución, así como su impacto en la protección de los derechos ambientales y en la jurisprudencia regional.

Keywords: pro natura principle, in dubio pro natura principle, environmental justice, human rights, Inter-American Court of Human Rights, legal evolution, regional jurisprudence.

Abstract: This article analyzes the evolution of in dubio pro natura principle towards pro natura principle in the context of environmental law and climate justice in Latin America. The recent Advisory Opinion 32/25 of the Inter-American Court of Human Rights is examined, which marks a milestone in the interpretation of environmental principles, highlighting the importance of a harmonious vision between the pro natura and pro persona principles. In addition, the legal and doctrinal implications of this evolution are reviewed, as well as its impact on the protection of environmental rights and on regional jurisprudence.

1. Introducción

En la Opinión Consultiva OC-32/25 sobre emergencia climática y derechos humanos (Corte IDH, 2025), la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que la crisis climática representa una amenaza real, grave, directa, urgente y sistémica al pleno goce de los derechos humanos, especialmente para personas y grupos en situación de vulnerabilidad, tales como mujeres, niñas, niños, pueblos indígenas y las personas defensoras de derechos humanos.

Al desarrollar las obligaciones de los Estados en el marco de la emergencia climática, la Corte fundamentó su labor interpretativa en la mejor ciencia disponible y en conceptos clave como la resiliencia climática. Asimismo, se apoyó en los principios rectores del sistema internacional de protección de derechos humanos – entre ellos, el principio pro persona, el interés superior de la infancia, el principio de progresividad y la prohibición de discriminación – así como en los principios y obligaciones esenciales en el contexto de la emergencia climática, tales como los principios pro natura, de precaución, prevención, progresividad y no regresividad ambiental, el principio de quien contamina paga, la equidad intra e intergeneracional, las responsabilidades comunes pero diferenciadas, la cooperación internacional y la prohibición de daño transfronterizo.

2. Antecedentes

La OC-32/25 es la primera vez que la Corte se refiere al principio pro natura bajo esta nueva denominación. Anteriormente, dicho principio había sido mencionado únicamente en el voto concurrente de los jueces Ricardo C. Pérez Manrique, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Rodrigo Mudrovitsch en el caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú (Corte IDH, 2023), bajo la fórmula: in dubio pro natura.

Aunque en la OC-32/25 la Corte no desarrolló el contenido sustantivo ni procesal del principio pro natura, sí estableció que este debe interpretarse de forma armónica con el principio pro persona, en el marco de la protección de la naturaleza como sujeto de derechos. Además, lo vinculó con principios procesales

como la disponibilidad de la prueba, la cooperación procesal, el principio pro actione y el principio pro persona, en la interpretación de las reglas probatorias relativas al derecho de acceso a la justicia.

En el voto concurrente del caso *Habitantes de La Oroya Vs. Perú*, los jueces señalaron que el principio in dubio pro natura impone a las autoridades judiciales y administrativas el deber de, ante situaciones de duda normativa o vacíos legales, optar por la solución más protectora o conservacionista del ambiente, en pro de la equidad intergeneracional. Consideraron, además, que dicho principio constituye una derivación del desarrollo sostenible, en tanto reconoce los valores ambientales como soporte de la vida humana y la necesidad de armonizar el desarrollo social, económico y ecológico.

Como se desprende de dicho voto, los jueces condicionaron la aplicación del principio a contextos de duda e incertidumbre jurídica, lo cual es coherente con su desarrollo en instrumentos internacionales de soft law, entre ellos:

- Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental: 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 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.
- Declaración de Brasilia de Jueces sobre Justicia Hídrica: 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.
- Principios Esenciales del Derecho Medioambiental de la XXII Cumbre Judicial Iberoamericana – Principio 32 Pro Natura e In dubio pro natura:

Los operadores jurídicos y tomadores de decisión deben garantizar la protección y conservación del medio ambiente como un criterio prioritario. Se evitarán los riesgos, se privilegiarán los intereses colectivos sobre los particulares y, en caso de duda, se adoptará la interpretación o medida que otorgue mayor resguardo al entorno. No se emprenderán acciones cuyos efectos adversos sean desproporcionados en relación con sus beneficios, asegurando así la preservación de la naturaleza como un postulado fundamental.

Esta orientación también se ha venido reflejando en la región latinoamericana a nivel constitucional y legal.

En ese sentido, el artículo 395.4 de la Constitución Política del Ecuador dispone que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza; el artículo 9.5 de su Código Orgánico del Ambiente establece que cuando exista falta de información, vacío legal o contradicción de normas, o se presente duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, se aplicará lo que más favorezca al ambiente y a la naturaleza y que de igual manera se procederá en caso de conflicto entre esas disposiciones. Por su parte, la Ley de Biodiversidad de Costa Rica impone como criterio para aplicación de esta ley el criterio precautorio o in dubio pro natura.

Asimismo, altas cortes latinoamericanas se han pronunciado en esa línea, entre ellas, la Corte Suprema de Argentina, el Supremo Tribunal de Justicia de Brasil, la Corte Constitucional del Ecuador, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, el Tribunal Agroambiental de Bolivia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

3. Nuevo enfoque expansivo

En la OC-32/25 la Corte Interamericana suprimió la parte del in dubio del principio, ampliando así su ámbito de aplicación a situaciones que exceden la incertidumbre jurídica. Esta visión expansiva del ahora denominado principio pro natura ya había sido objeto de análisis por parte de la doctrina, así como del desarrollo jurisprudencial regional.

En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de México, en la sentencia del amparo en revisión 307/2015 (caso del manglar Laguna del Carpintero), entendió el principio *in dubio pro natura* no solo como una derivación del principio de precaución -aplicable ante incertidumbre científica-, sino como mandato interpretativo general de la justicia ambiental, en virtud del cual, en cualquier conflicto ambiental, debe prevalecer siempre la interpretación que favorezca la conservación del ambiente.

De forma similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en múltiples sentencias ha adoptado una visión extensiva del principio, señalando que su aplicación no depende de la existencia de peligro de daño grave o irreversible -como en el caso del principio precautorio-, sino que constituye una regla general de comportamiento en la relación entre el Estado, la sociedad y el ambiente. Esta regla obliga a evitar conductas que puedan causar daño ambiental cuando existen alternativas menos lesivas.

La Corte Constitucional de Ecuador, en la sentencia de revisión de garantías 1149-19-JP/21 (caso del bosque protector Los Cedros), distinguió entre el principio de *favorabilidad pro natura* y el principio *in dubio pro natura*. Respecto al primero, señaló que todo servidor público, conforme con el artículo 11.5 de la Constitución, debe aplicar la norma y la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos y garantías, incluyendo los derechos de la naturaleza. En cuanto al segundo, indicó que, ante el caso de varias interpretaciones de una misma disposición, debe acudir al principio *in dubio pro natura*, conforme al artículo 395.4 constitucional, por el cual en caso de duda sobre el alcance específica y exclusivamente de la legislación ambiental, debe interpretarse en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

4. Implicaciones jurídicas

A partir de la OC-32/25, el principio *pro natura* se configura como un mandato interpretativo directo y fundamental de la justicia ambiental y climática. En consecuencia, en cualquier conflicto jurídico debe prevalecer, siempre, la interpretación que favorezca la protección de la naturaleza y el pleno ejercicio de los

derechos ambientales, incluso fuera de contextos de duda o incertidumbre.

Por ello, el operador jurídico debe inclinarse por la interpretación que mejor garantice el disfrute de un ambiente sano, frente a aquella que lo suspenda, limite o restrinja. En este sentido, resulta aplicable la regla de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa para el interés público ambiental en todos los casos donde exista riesgo de afectación. Como ha señalado el juez argentino Ricardo Luis Lorenzetti: "*se trata de una regla de precedencia lógica, que determina que, en casos de conflictos de fuentes el juez debe aplicar de modo prevalente la que mejor tutela el bien ambiental*".

Ahora bien, como advierten de Araujo Ayala y Carvalho Victor Coelho en su artículo "*Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno*", si bien la duda no puede considerarse una condición única y excluyente para justificar elecciones o decisiones a favor de la naturaleza, el contenido de este principio tampoco puede utilizarse para justificar un totalitarismo ecológico en el que el valor de la naturaleza sustituya los valores y compromisos inherentes a la condición humana.

De ahí que la Corte IDH enfatice en una interpretación armónica de los principios *pro natura* y *pro persona*. Este enfoque ha sido adoptado por varias cortes latinoamericanas en fallos de gran relevancia, consolidando la protección ambiental desde una perspectiva ecocéntrica y de justicia intergeneracional e interespecies.

A manera de ejemplo, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, haciendo eco de la OC-32/25 de la Corte Interamericana, en el voto 2025-38435 del 21 de noviembre de 2025, dejó constancia de la evolución jurídica del principio *pro natura*. Al efecto expuso:

Por su parte, el principio in dubio pro natura significa, según la 'Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental' que "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 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” (ver principio V).

En tal sentido, según el documento ‘95 Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sustentable’ (aprobados en la XIX Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana-2018 y por la Corte Plena en el artículo XIX de la sesión nro. 28-2020 del 25 de mayo de 2020), “Todo operador de las normas ambientales deberá tener siempre presente el principio pro naturaleza, conforme al cual se evitarán los riesgos, se privilegiarán los intereses colectivos generales sobre los particulares, se favorecerá la preservación del medio ambiente y en caso de duda se preferirá la interpretación que en forma más amplia proteja el entorno”.

Una evolución de lo antedicho ha desembocado en la instauración del “principio pro natura”, en la cual se deja de lado la parte de “in dubio”, de manera que su ámbito de aplicación se ensancha y cubre situaciones en las cuales no necesariamente existe incertidumbre jurídica. De este modo, la aplicación del principio 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 nos obliga a evitar optar por aquellas conductas que puedan causar daño al medio ambiente, cuando existan otras opciones” (Olivares y Lucero, 2018).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió por primera vez a este principio en la Opinión Consultiva OC-32/25 del 29 de mayo de 2025, en la cual determinó que, en el marco de protección de la naturaleza como sujeto de derechos, el principio

pro natura debe interpretarse de manera armónica con el principio pro persona -véase párr. 281-. Asimismo, la Corte IDH vinculó el principio pro natura con otros procesales, a saber “los principios de disponibilidad de la prueba, cooperación procesal, pro persona (...) y pro actione” como parte de las reglas probatorias a emplearse en cuanto al derecho de acceso a la justicia -en tal sentido obsérvese el párr. 582-.

En suma, el principio pro natura estatuye que, ante cualquier conflicto jurídico, siempre debe prevalecer aquella interpretación que mejor favorezca la protección de la naturaleza y el pleno disfrute de los derechos ambientales, aun cuando no se esté ante una situación en la que medie incertidumbre. Esta pauta hermenéutica debe seguirse en toda relación entre Estado, sociedad y ambiente, de manera que siempre se elija la solución que mejor proteja a la naturaleza.

5. Conclusiones

El carácter finalista y progresivo del derecho a un ambiente sano, y su relación intrínseca con el resto de los derechos humanos, obliga interpretar el sistema normativa conforme con los principios del sistema internacional de derechos humanos y del derecho ambiental, de manera que se promueva “proteger más y contaminar menos”, “aumentar la biodiversidad y disminuirla contaminación”, sin perder de vista la necesidad de un uso racional de los elementos de la naturaleza que satisfaga las necesidades de las generaciones presentes y futuras, tanto humanas como no humanas.

El tránsito conceptual del principio *in dubio pro natura* al principio *pro natura* representa una evolución jurídica progresiva en el contexto de la emergencia climática. Esta evolución responde a la necesidad de fortalecer los estándares interpretativos en materia ambiental y de derechos humanos, así como de consolidar un sistema normativo global orientado hacia un desarrollo sostenible genuino.

6. Bibliografía

Cafferatta, N., & Peretti, E. (2023). Las generaciones futuras: el desafío de saltar el umbral del tiempo presente. *Revista Derecho Ambiental*, (76), octubre-diciembre. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=2286965>

Capelli, S. (2020). In dubio pro natura. *Revista de Direito Ambiental*, 25(98), 197-223. Recuperado de <https://bdjur.stj.jus.br/handle/2011/143288>

De Araújo Ayala, P., & Carvalho Victor Coelho, M. (2020). Na dúvida em favor da natureza? Levar a sério a Constituição Ecológica na época do Antropoceno. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 10(3), 125-164. Recuperado de <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7235>

González Ballar, R. (2013). Reflexiones para la interpretación de la no regresión. En M. Peña Chacón (Coord.), *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Recuperado de https://www.academia.edu/5880384/Principio_de_no_regresi%C3%B3n_ambiental_en_el_derecho_comparado_latinoamericano_PNUD_2013

Lorenzetti, R. L. (2022). Derechos fundamentales y normas institucionales. *La Ley*, LXXXVI(69), 14 de marzo. Recuperado de <https://ricardolorenzetti.com/libros/>

Peña Chacón, M. (2024). Interpretación expansiva en el derecho ambiental. *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente*, (5), julio. Recuperado de <https://aidca.org/wp-content/uploads/2024/07/Ridca5-Ambiental-Pena-Chacon-Interpretacion-expansiva-en-el-Derecho-Ambiental.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). Caso Habitantes de La Oroya Vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_511_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025). Opinión Consultiva OC-32/25: Emergencia Climática y Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_32_esp.pdf

Criterios Relevantes



I. Potestad **Consultiva**

1.1 Criterios para el reconocimiento de la prohibición al personal de las Auditorías Internas

La Contraloría General de la República emitió un criterio para clarificar el pago de la prohibición por el ejercicio liberal de la profesión a personal de Auditoría Interna, según el artículo 34 de la Ley General de Control Interno. Este rubro tiene naturaleza indemnizatoria, no salarial, y busca resarcir la restricción al ejercicio liberal de la profesión para garantizar la objetividad en la fiscalización. Para su reconocimiento, deben confluir tres condiciones obligatorias: estar nombrado en un cargo afecto (requisito funcional), poseer grado de bachillerato o superior (requisito académico) y estar incorporado al colegio profesional respectivo (requisito profesional). La relevancia de este documento radica en que prioriza la primacía de la realidad: el pago procede si el funcionario ejecuta labores técnico-sustantivas de fiscalización, sin importar que realice tareas administrativas. Corresponde a las oficinas de gestión humana verificar estos requisitos y ajustar los porcentajes según la Ley de Salarios de la Administración Pública. El pago compensa la restricción profesional y requiere idoneidad académica y legal del funcionario.

[Oficio n.º 24286-2025 \(DFOE-LOC-2360\), del 23 de diciembre de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.2 Anulación de folios de libros legales, no es competencia de la Auditoría Interna

La Contraloría General de la República emitió un criterio vinculante para delimitar las funciones sobre el cierre de libros legales en el sector municipal. Este documento aclara que la anulación de folios en blanco es una tarea de gestión documental que recae exclusivamente en la Administración activa, específicamente en la Secretaría del Concejo, y no en la Auditoría Interna. La relevancia de este criterio reside en la protección de la independencia funcional. Según la Ley General de Control Interno, la Auditoría no debe asumir funciones operativas. Su rol se limita a la legalización de los libros, actuando como un servicio preventivo. Aunque la Auditoría tiene el deber de advertir sobre los riesgos

de dejar espacios vacíos, el jerarca no puede ordenarle realizar la anulación física de estos. En definitiva, la Administración debe garantizar la integridad técnica de los libros antes de que la Auditoría asiente la razón de cierre formal. La anulación de folios es competencia de la Secretaría; la Auditoría legaliza, pero no sustituye las tareas administrativas.

[Oficio n.º 23856-2025 \(DFOE-LOC-2299\), del 17 de diciembre de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.3 Municipalidades pueden utilizar recursos públicos en propiedad privada para evitar peligros inminentes que afecten a la comunidad

La Contraloría General de la República emitió un criterio que faculta a los gobiernos locales para invertir recursos públicos en bienes privados, siempre que exista un riesgo comprobado para la seguridad comunal o el bienestar público. Según la CGR, el deber constitucional de proteger la vida y el entorno prevalece sobre la naturaleza privada del inmueble ante peligros inminentes. Las municipalidades poseen autonomía técnica y financiera para actuar sin necesidad de una declaratoria nacional de emergencia, utilizando el 3% de su superávit libre para la gestión del riesgo. La relevancia de este pronunciamiento radica en que la decisión de intervenir debe ser técnica, documentada y liderada por la diarquía municipal (Alcaldía y Concejo), asegurando que el gasto no genere beneficios particulares indebidos, sino que responda a una necesidad de prevención y protección colectiva bajo criterios de proporcionalidad. El derecho a la vida prevalece sobre la propiedad privada en casos de riesgo inminente, siempre bajo un estricto control interno.

[Oficio n.º 22608-2025 \(DFOE-LOC-2154\), del 21 de noviembre de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.4 Evaluación del auditor interno como forma de rendición de cuentas

La Contraloría General de la República define cómo

los jerarcas deben evaluar el desempeño del auditor interno, sin vulnerar su independencia funcional. Según el criterio, aunque el auditor está sujeto a la Ley Marco de Empleo Público como mecanismo de mejora continua, su evaluación tiene límites claros: el jerarca puede regular aspectos administrativos, pero tiene prohibido interferir en la planificación y ejecución técnica de las auditorías. La relevancia de este documento radica en que establece el Plan Anual de Trabajo como la única base objetiva para la evaluación. El Concejo Municipal debe evaluar el cumplimiento de las metas que el propio auditor definió, sin potestad para modificar el contenido técnico de su labor. Se requiere una coordinación previa para definir metodologías transparentes que aseguren que la calificación se base en indicadores de gestión y no en criterios de oportunidad política. El jerarca evalúa resultados, pero la Ley General de Control Interno protege la libertad del auditor para decidir qué y cómo fiscalizar.

[Oficio n.º 23339-2025 \(DFOE-LOC-2228\), del 08 de diciembre de 2025. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.5 Concejos Municipales de Distrito no pueden presentar su presupuesto a aprobación de forma independiente

La Contraloría General de la República reafirma que los Concejos Municipales de Distrito (CMD) tienen la obligación legal de consolidar sus presupuestos con la municipalidad madre. Según el artículo 172 constitucional, los CMD son órganos adscritos con autonomía funcional, pero carecen de personalidad jurídica plena, lo que imposibilita la presentación de presupuestos por separado ante el Órgano Contralor. La relevancia de este criterio radica en que la consolidación no es opcional, sino un requisito esencial para la aprobación del gasto. Las directrices de la CGR para el Plan Operativo Anual (POA) exigen que la estructura programática municipal incluya íntegramente los recursos del distrito. Este proceso garantiza la trazabilidad de los fondos y el respeto a los límites de gasto. En conclusión, aunque el intendente gestione el distrito, el Concejo Municipal de la municipalidad madre sigue siendo el jerarca superior en materia presupuestaria. Los CMD no

poseen independencia presupuestaria plena: su gestión financiera debe integrarse siempre al presupuesto ordinario del gobierno local para ser válida.

[Oficio n.º 00282-2026 \(DFOE-LOC-0018\), del 13 de enero de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.6 Deuda pública: Prohibido su uso para salarios y sentencias judiciales

La Contraloría General de la República ratifica la prohibición que tienen las municipalidades de utilizar el endeudamiento para cubrir gastos corrientes, como remuneraciones o aumentos salariales retroactivos. Según el criterio, el crédito público es un instrumento exclusivo para la inversión (infraestructura o maquinaria) y no un mecanismo válido para financiar gastos operativos recurrentes, incluso si estos derivan de sentencias judiciales condenatorias. La relevancia de este pronunciamiento radica en la defensa de la sostenibilidad y equidad intergeneracional. Financiar consumo presente con deuda futura compromete la estabilidad institucional, ya que los salarios no generan un activo que compense el préstamo. La Administración debe planificar el cumplimiento de sus obligaciones legales mediante ingresos ordinarios, pues un mandato judicial no habilita el quebrantamiento de las normas técnicas presupuestarias ni del Código Municipal. El endeudamiento municipal debe generar valor público a largo plazo; su uso para gastos fijos operativos es jurídicamente inviable.

[Oficio n.º 00714-2026 \(DFOE-LOC-0091\), del 22 de enero de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.7 Para destituir auditores internos en entes públicos no estatales se requiere un dictamen de la CGR

La CGR definió los límites para separar auditores internos en entes públicos no estatales. Estas personas poseen inamovilidad laboral para asegurar su independencia de criterio. Su destitución o suspensión sólo es lícita ante una "justa causa" debidamente demostrada.

La institución debe tramitar un procedimiento administrativo ordinario con plenas garantías de defensa. Un requisito de validez insustituible es solicitar el dictamen previo y favorable de la CGR antes del acto final. Ignorar este paso provoca la nulidad absoluta de la sanción. Este marco es obligatorio aunque la entidad no gestione fondos públicos directos. Si el motivo de salida es un vicio en el nombramiento original, se deben valorar las vías de nulidad administrativa correspondientes. El criterio asegura que toda remoción respete estrictamente el bloque de legalidad.

[Oficio n.º 02758 \(DJ-0465\), del 6 de marzo de 2016. División Jurídica. Contraloría General de la República.](#)

1.8 CGR aclara cómo armonizar las Normas de Control Interno para el Sector Público (NCISP) con los modelos de gobierno corporativo del sector financiero

La Contraloría General de la República (CGR) aclaró cómo deben convivir las NCISP con las reglas de gobierno corporativo del sector financiero. Este pronunciamiento es vital porque evita duplicidades operativas y protege la naturaleza técnica de instituciones como el BCCR y los bancos estatales.

Puntos clave para entender esta relación:

- Prevalencia normativa: Las entidades supervisadas por CONASSIF mantienen sus reglas sectoriales; las NCISP solo se aplican de forma directa a las instituciones no supervisadas.
- Comités de Auditoría: Se permite que miembros de la Junta Directiva integren estos comités —siguiendo estándares internacionales del FMI—, siempre que se garantice su independencia funcional.
- No a la duplicidad: El Comité de Auditoría debe coordinar con las áreas de riesgo y cumplimiento, no absorberlas ni sustituirlas.

Este criterio asegura que el control interno sea un aliado estratégico y no un obstáculo burocrático, promoviendo la eficiencia mediante actos administrativos motivados que justifican cada estructura.

[Oficio n.º 02945-2026 \(DFOE-IAF-0073\), del 12 de marzo de 2026. Área para la Innovación y el Aprendizaje en la Fiscalización. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.9 Comité de auditoría: Implicaciones de la reforma a las Normas de Control Interno para el Sector Público

Ante la reciente reforma a las NICSP, se hizo necesario aclarar el papel de los comités de auditoría preexistentes a dicho cambio. Lo anterior considerando, sobre todo, la definición operativa del jerarca, que aplica a estructuras colegiadas, así como el deslinde de responsabilidades para garantizar la independencia funcional. Se indicó que el comité de auditoría es un órgano técnico de asesoría estratégica, cuya implementación busca robustecer el sistema de control interno, la gestión de riesgos y el gobierno corporativo, sin que implique la sustitución de las funciones propias de la auditoría interna.

[Oficio n.º 03772-2026 \(DFOE-IAF-0080\), del 27 de marzo de 2026. Área para la Innovación y el Aprendizaje en la Fiscalización. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.10 El jerarca no aprueba o imprueba los planes de trabajo anuales de la Auditoría Interna

Poner en conocimiento del jerarca el plan de trabajo de la Auditoría Interna no implica que pueda aprobar o improbar. La planificación de la Auditoría es una competencia técnica exclusiva del auditor interno, protegida por el principio de independencia funcional. Cualquier intento de subordinar dicha planificación a la aprobación administrativa constituye una transgresión al bloque de legalidad. Siguiendo el principio de coordinación, el jerarca debe ser informado y puede emitir observaciones, pero la decisión final sobre su incorporación recae únicamente en el auditor.

[Oficio n.º 02443-2026 \(DFOE-CIU-0101\), del 02 de marzo de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo de Ciudades. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.11 RECOPE puede realizar donaciones a Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI) sin intervención de municipalidades

RECOPE posee plena facultad legal para donar bienes a las asociaciones de desarrollo integral, basándose en el artículo 19 de la ley n.º 3859, bajo el principio de liberalidad y contribución al progreso social. No existe una obligación legal que supedita la donación de RECOPE a la intervención de una municipalidad. Las ADI pueden recibir bienes directamente de las instituciones autónomas siempre que cumplan con los requisitos de interés público. Toda donación debe estar respaldada por un expediente que justifique la utilidad del bien para la comunidad y el nulo impacto negativo en las operaciones de RECOPE.

[Oficio n.º 02692-2026 \(DFOE-SOS-0084\), del 06 de marzo de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Sostenible. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.12 Límites a las advertencias de la Auditoría Interna para evitar la coadministración

El sistema de control interno se divide en administración activa (responsable de la gestión) y auditoría interna (actividad asesora y preventiva). Las advertencias son instrumentos técnicos y preventivos que no tienen carácter vinculante, a diferencia de los informes de auditoría cuyas recomendaciones son obligatorias una vez firmes. El Órgano Contralor advierte que existe una línea infranqueable: la auditoría no puede realizar actos de coadministración ni dictar órdenes operativas que sustituyen el criterio técnico de la administración, pues esto comprometería su independencia y vulneraría el artículo 34 de la LGCI.

[Oficio n.º 02245-2026 \(DFOE-LOC-0278\), del 25 de febrero de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.13 Concejo Municipal debe aprobar modificaciones de presupuestos iniciales que fueron aprobados parcialmente

Según el Código Municipal y las Normas Técnicas de Presupuesto Público (NTPP), las modificaciones presupuestarias son actos administrativos que redistribuyen recursos entre subpartidas sin alterar el monto global. En esta línea, la CGR concluyó que por mandato expreso del artículo 109 del Código Municipal, toda variación presupuestaria, ya sea dentro de un mismo programa o entre programas, constituye una competencia indelegable del Concejo Municipal, la cual debe materializarse mediante un acuerdo de aprobación formal y no simplemente a través de un acto de conocimiento. Este criterio se fundamentó en la naturaleza de “diarquía” del régimen municipal, según la cual el alcalde y el Concejo deben coordinar funciones sin subordinación jerárquica.

[Oficio n.º 01717-2026 \(DFOE-LOC-0249\), del 12 de febrero de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.14 Límites a la contratación de servicios profesionales externos para la unidad de Auditoría Interna

Es jurídicamente viable la contratación de servicios profesionales externos para apoyar labores de auditoría, siempre que responda a requerimientos técnicos especializados o proyectos específicos vinculados al plan de trabajo. Sin embargo, este mecanismo no debe utilizarse para delegar el “núcleo” de la labor de auditoría, como son la atención de denuncias o la emisión de advertencias; ni para mantener personal de manera indefinida. Ante una necesidad permanente de personal, la Administración debe nombrar plazas de carrera municipal en un plazo máximo de tres a seis meses, cumpliendo con la obligación legal del jerarca de dotar de recursos suficientes y sostenibles a la unidad para garantizar su independencia y eficacia.

[Oficio n.º 01557-2026 \(DFOE-LOC-0239\), del 11 de febrero de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.15 Gastos en los que pueden utilizarse recursos específicos de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre

En una consulta planteada a la CGR, se solicitó aclarar los conceptos de “obras de mejoramiento”, “servicios de asesoría” y “gastos de administración”, así como establecer parámetros para diferenciar gastos corrientes de inversión y explicar la procedencia de financiar costos operativos institucionales con esos fondos específicos. La CGR aclaró que las “obras de mejoramiento” comprenden infraestructura y adquisición de terrenos en la zona marítimo terrestre, según lo dictado por el ICT e INVU, mientras que los “gastos de administración” y “asesoría” incluyen desde consultorías transitorias hasta salarios y servicios básicos vinculados estrictamente a la gestión de dicha zona. En cuanto al financiamiento, el Órgano Contralor enfatizó en que estos recursos poseen un destino específico legal, lo cual prohíbe su uso en actividades ordinarias ajenas a la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, como son la asignación de personal y la adquisición de bienes para fines distintos. Finalmente, se instruyó a la Administración utilizar los clasificadores del Ministerio de Hacienda para categorizar erogaciones, así como someterse a los principios de eficiencia, eficacia y economía, sin vulnerar el principio de legalidad presupuestaria.

[Oficio n.º 01840-2026 \(DFOE-LOC-0259\), del 16 de febrero de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.16 Municipalidades pueden suscribir convenios con organizaciones privadas para ejecutar servicios de cuidado infantil de la REDCUDI

Las municipalidades, como integrantes fundamentales de la REDCUDI, poseen autonomía y competencia para concertar convenios orientados a la protección de la niñez. El análisis distingue dos escenarios para sujetos privados: como custodios o administradores de fondos públicos, o como beneficiarios de transferencias sin contraprestación. En ambos casos, se advierte que el ente municipal mantiene la responsabilidad de instaurar controles razonables y proporcionales para

vigilar el destino legal de los fondos. Se concluye que el acuerdo del Concejo Municipal constituye una declaración unilateral de voluntad que opera como el acto habilitante (exigido por el artículo 71 del Código Municipal) para disponer legalmente de su patrimonio a través de los actos o contratos permitidos en dicho cuerpo normativo y en la normativa de contratación pública.

[Oficio n.º 02751-2026 \(DFOE-LOC-0306\), del 09 de marzo de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.17 Municipalidades no pueden comprar pólizas para cubrir accidentes o enfermedades de los miembros del Concejo Municipal

La relación que existe entre la municipalidad y los regidores es de naturaleza especial y representativa (“servidores gobernantes”), por lo que no existe un vínculo laboral ni estatutario que justifique el uso de recursos públicos para cubrir riesgos estrictamente personales. Basándose en los principios de legalidad financiera y probidad, el Órgano Contralor aclara que el Estado sólo puede asumir gastos legítimos que atiendan necesidades colectivas y no intereses particulares. Si bien las instituciones pueden contratar seguros de riesgos del trabajo para personas sin relación de empleo, esto solo es procedente si se demuestra fehacientemente que dichas personas están expuestas a contingencias reales derivadas de su labor oficial y que la póliza tiene como fin proteger al Estado de una eventual responsabilidad civil.

[Oficio n.º 03696-2026 \(DFOE-LOC-0431\), del 26 de marzo de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

1.18 Se requiere un reglamento aprobado por el Concejo Municipal para que los comités cantonales de deportes y recreación pueden transferir recurso a organizaciones deportivas

Se consultó sobre la legalidad de que los Comités Cantonales de Deportes y Recreación realicen transferencias económicas a asociaciones deportivas, utilizando controles operativos definidos unilateralmente por la Alcaldía, sin contar con reglamentos previamente aprobados por el Concejo Municipal. Asimismo, se cuestionó si dichos reglamentos deben limitarse exclusivamente a mecanismos de rendición de cuentas o si deben integrar definiciones sobre planes de inversión y requisitos mínimos de los proyectos. El análisis concluyó que no es procedente iniciar transferencias de recursos económicos hasta que el reglamento sea formalmente actualizado y aprobado por el Concejo Municipal, ya que el alcalde no puede definir estos controles de forma unilateral. Además, se aclaró que la normativa debe verse como una unidad integral, por lo que el Concejo tiene la potestad de decidir la amplitud de la regulación, siempre que garantice la transparencia y el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

[Oficio n.º 03652-2026 \(DFOE-LOC-2026\), del 26 de marzo de 2026. Área de Fiscalización para el Desarrollo Local. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa. Contraloría General de la República.](#)

II. Criterios

Contratación Pública

2.1 CGR anula adjudicación por falta de idoneidad financiera y duplicidad de subcontratos

La Contraloría General de la República (CGR) anuló el acto final de la licitación para la nueva Torre de Cuidados Críticos del Hospital Nacional de Niños. La decisión se fundamenta en dos incumplimientos críticos de admisibilidad:

- Se determinó que el consorcio adjudicatario carecía de idoneidad financiera en el sector construcción. Aunque la empresa presentó estados financieros con solvencia aparente, estos no reflejaban actividad histórica de construcción, requisito exigido por el pliego para garantizar la capacidad técnica del ejecutor.
- La CGR aplicó el artículo 133 del RLGCP, al detectarse que tanto el apelante como el adjudicatario propusieron al mismo subcontratista de laboratorios. Ante la manifestación expresa del subcontratista de permanecer únicamente con la empresa recurrente, la oferta del adjudicatario quedó incompleta. La relevancia de este criterio estriba en el rigor de la especificidad financiera y la exclusividad de los subcontratos en licitaciones de gran envergadura.

La inscripción formal ante el CFIA no sustituye la realidad financiera histórica de una constructora, y la duplicidad de subcontratistas puede invalidar una oferta si no existe exclusividad.

[Oficio n.º R-DCP-SICOP-02274-2025, del 22 de diciembre de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2.2 Es prohibido ajustar bandas de precios usando las ofertas presentadas en el mismo concurso

La Contraloría General de la República (CGR) anuló la declaratoria de infructuosidad de una licitación mayor, al determinar que es improcedente que la Administración modifique las bandas de precios, utilizando como referencia las ofertas presentadas en el mismo proceso. El Órgano Contralor señaló que ajustar los parámetros de planificación una vez realizadas las aperturas vulnera los principios de transparencia,

igualdad y seguridad jurídica. La relevancia de este criterio radica en que la razonabilidad de los precios debe basarse estrictamente en el estudio de mercado previo. Solo se permite ajustar dicho estudio ante errores técnicos constatables o cambios excepcionales del mercado, condiciones que no se acreditaron en este caso. La CGR enfatizó que comparar ofertas con productos no equivalentes o descalificados es metodológicamente erróneo. Al demostrarse que la propuesta del apelante cumplía con los valores originales de planificación, se procedió a la nulidad del acto por falta de sustento legal. Los parámetros de precio fijados en la planificación son vinculantes; la Administración no puede improvisar nuevos valores tras conocer las ofertas de los participantes.

[Oficio n.º R-DCP-SICOP-02409-2025, del 22 de diciembre de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2.3 CGR define pautas sobre refrendo en obras viales y servicios especializados

La Contraloría General de la República (CGR) emitió criterios clave durante el refrendo del proyecto Barranca-Limonal. Primero, clarificó que cuando la reubicación de servicios públicos está a cargo del contratista, la Administración no necesita certificar un plan integrado de reubicación; basta con acreditar que entregó la información técnica necesaria según el pliego. Esto armoniza el Reglamento de Refrendos con la Ley General de Contratación Pública, simplificando la gestión administrativa en proyectos complejos. Segundo, bajo el principio de valor por el dinero y gestión por resultados, la CGR validó la inclusión de "servicios especializados a costo más porcentaje". Aunque este rubro no se mencionó expresamente en el acto de adjudicación, se consideró parte del contrato al estar previsto en el pliego y la oferta. La relevancia de este criterio radica en la conservación de los actos administrativos para evitar retrasos innecesarios en infraestructura crítica. La CGR prioriza la realidad del pliego y la oferta sobre omisiones formales en la adjudicación para asegurar la continuidad de la obra pública.

[Oficio n.º CGR-REF-8202025000000075, del 02 de diciembre de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

[Oficio n.º CGR-REF-8202025000000076, del 02 de diciembre de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2.4 Omisión de imprevistos no siempre invalida una oferta de bienes

La Contraloría General de la República (CGR) anuló la declaratoria de infructuosidad de una licitación tras determinar que la omisión del rubro de imprevistos en una compra de bienes no constituye, por sí misma, un incumplimiento trascendente. El Órgano Contralor señaló que, a diferencia de las obras, en el suministro de bienes, la Administración debe demostrar documentalmente que la ausencia de este rubro representa un riesgo sustancial para la ejecución contractual antes de excluir a un oferente. Bajo los principios de eficiencia, eficacia y conservación de las ofertas, la CGR concluye que la Administración no motivó adecuadamente la exclusión de la única oferta técnicamente elegible. Al no acreditarse un peligro real para el interés público, prevalece el mantenimiento de la propuesta sobre el rigorismo formal. La relevancia de este criterio radica en que prohíbe rechazar ofertas por defectos no sustanciales cuando no se afecta la igualdad ni la seguridad del contrato. En suministros, la falta de imprevistos solo es causal de exclusión si la Administración justifica técnicamente que el contrato no podrá ejecutarse sin ese respaldo.

[Oficio n.º R-DCP-SICOP-02370-2025, del 18 de diciembre de 2025. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2.5 Imprevistos no son obligatorios en compras de equipo médico

La Contraloría General de la República (CGR) anuló la declaratoria de infructuosidad en una licitación del Instituto Nacional de Seguros para la compra de insumos ortopédicos. El Órgano Contralor determinó que la exclusión de la oferta fue improcedente, pues la Administración exigió erróneamente un rubro de imprevistos en la estructura de precios. La resolución aclara que, según los artículos 42 de la LGCP y 102 del RLGP, este desglose de imprevistos es obligatorio para obras y servicios, pero opcional para la adquisición de bienes. La relevancia de este criterio radica en la

aplicación del principio de conservación de la oferta, el cual prioriza el fondo sobre la forma para satisfacer el interés público. Al no existir un formato obligatorio en el pliego ni otras ofertas elegibles que sugirieran una ventaja indebida, la omisión del rubro no constituye un incumplimiento. La CGR reafirma que la Administración no puede rechazar propuestas basadas en formalismos que no están previstos en la ley para el suministro de bienes. En compras por demanda de bienes, el oferente no viola la ley al omitir imprevistos, salvo que el pliego lo exija expresamente con una justificación técnica.

[Oficio n.º R-DCP-SICOP-00172-2026, del 29 de enero de 2026. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2.6 Participación de albaceas como subcontratistas en concursos públicos

La Contraloría General de la República (CGR) analizó por el fondo un recurso de apelación contra el acto final de una licitación mayor, promovida por la Municipalidad de Cartago para suministro de materiales granulares con acarreo. Se debatió si era posible que un albacea de una sucesión de persona física continuará con los negocios del difunto mediante la participación como subcontratista en un concurso público. Este Órgano Contralor explicó que aunque se trata de una situación sui generis, en el ordenamiento jurídico no existe impedimento para que el albacea ejerza actos de comercio, incluyendo la participación en licitaciones públicas. Esto es posible siempre y cuando se ajusten a los requerimientos especiales del Código Civil y a los principios de contratación pública, en particular en lo concerniente al régimen de prohibiciones. Por ello, el recurso fue declarado parcialmente con lugar a fin de que la Administración determine si existe capacidad y poderes suficientes por parte de la albacea del subcontratista.

[Oficio n.º R-DCP-SICOP-00368-2026, del 02 de marzo de 2026. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

2.7 Empresa incumple al presentar precio inferior a la retención obligatoria del 2% del impuesto de renta

La Contraloría General de la República (CGR) declaró con lugar un recurso contra la empresa Crux Consultores S.A. por haber presentado una utilidad inferior al 1% para cada uno de los perfiles profesionales solicitados. Esto presupone una insuficiencia de la utilidad declarada, pues la retención del impuesto sobre la renta es del 2% por cada pago. Lógicamente, si el precio se cotiza con una utilidad menor a ese porcentaje, resulta insuficiente para cubrir dicha carga legal. La CGR acepta que esta presunción es una prueba en contrario, pues la empresa pretendía demostrar la autosuficiencia del contrato, alegando que utilizará “reservas” (como aguinaldo, cesantía y cargas sociales) para mantener el flujo de caja. No obstante, una vez valorados los argumentos y prueba técnica, la CGR rechazó tales afirmaciones, por los siguientes motivos:

- 1. Se incorporaron reservas** que no deben contemplarse en el precio ofertado, como en el caso del rubro del preaviso.
- 2. Naturaleza de los desembolsos:** la CGR determinó que las cargas sociales son desembolsos de pago mensual obligatorio y no pueden considerarse “reservas diferidas” para cubrir obligaciones tributarias.
- 3. Falta de trazabilidad y fundamentación técnica del argumento:** varios datos no fueron explicados en la fundamentación y a pesar de que el Órgano Contralor trató de analizarlos y darles una interpretación, no fue posible procesarlos y explicar los datos numéricos de forma que se demostrará su teoría de autosuficiencia.

Así las cosas, la CGR concluyó que no fue posible reacomodar los componentes de la estructura de precio para cubrir faltantes legales, mediante reservas basadas en hechos futuros o inciertos de pago, sin acreditar los elementos objetivos que garantizan que el contrato sea autónomo y autosuficiente. Asimismo, resulta relevante señalar que la resolución expone que cotizar una utilidad inferior al 2% no genera una presunción automática de ruinosidad (precio que no cubre costos), sino una insuficiencia de rubro para

atender una carga legal específica.

[Oficio n.º R-DCP-SICOP-00414-2026, del 09 de marzo de 2026. División de Contratación Pública. Contraloría General de la República.](#)

III. Otros **avisos**

3.1 CGR implementó formularios electrónicos para trámites jurídicos

Con el objetivo de facilitar a nuestros usuarios externos la gestión de sus trámites jurídicos antes la CGR, la División Jurídica implementó formularios electrónicos en nuestro sitio web. Con esta iniciativa permitimos realizar las solicitudes de manera rápida y sencilla.

¿Qué beneficios ofrecen?

- **Disponibilidad total:** Los formularios están activos las 24 horas del día, los 7 días de la semana. Disponibles en el sitio web de la CGR www.cgr.go.cr (sección Trámites, punto 7).
- **Autogestión:** El proceso es intuitivo. Solo se debe descargar el formulario en PDF (que incluye cuadros de ayuda), firmarlo digitalmente o a mano, y enviarlo con los requisitos adjuntos a través del portal oficial o por correo electrónico.

¿Cuáles trámites se pueden realizar?



- Autorización para integrar juntas directivas u órganos colegiados
- Autorización para el desempeño simultáneo de cargos públicos
- Dictamen previo favorable para el establecimiento de una medida cautelar
- relacionado con auditores o subauditores internos
- Dictamen previo favorable relacionado con auditores o subauditores internos
- Dictamen de nulidad de actos relacionados con el presupuesto o la contratación
- pública
- Dictamen de revocación de actos declaratorios de derechos subjetivos
- Legalización de libros de actas de la Comisión de Festejos Populares
- Acreditación de renuncia a cargos privados por incompatibilidad
- Solicitud de levantamiento de incompatibilidad por cargos privados
- Solicitud de información

Puede acceder a estos formularios aquí

<https://www.cgr.go.cr/05-tramites-gj-menu.html>



Revista de Derecho de la

Hacienda Pública

Vol XXVII. 2026