

Sala Constitucional

Resolución Nº 21375 - 2024

Fecha de la Resolución: 29 de Julio del 2024 a las 18:45

Expediente: 24-017291-0007-CO

Redactado por: Alexandra Alvarado Paniagua

Clase de asunto: Consulta legislativa facultativa

Analizado por: SALA CONSTITUCIONAL

Sentencia con Voto Salvado

Sentencia con nota separada

Texto de la Resolución

□□□□□□□□□□□□□□□□CO

Exp: 24-017291-0007-CO

Res. Nº 2024021375

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciocho horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de julio del dos mil veinticuatro.

Consulta facultativa de constitucionalidad interpuesta por el Tribunal Supremo de Elecciones, referente al proyecto de ley denominado "Ley Jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica" que se tramita en el expediente legislativo n° 24.364.

Resultando:

1.- La consulta se recibió en la Secretaría de la Sala a las 18:47 horas del 26 de junio de 2024. El consultante indica que se ha solicitado autorización para someter el proyecto de ley nro. 24.364, denominado "Ley Jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica" a referéndum por iniciativa ciudadana por parte de los ciudadanos Alberto Cabezas Villalobos y Édgar Espinoza Rodríguez. El TSE indica que, al tenor de los ordinales 96.d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 6.d) de la Ley de Regulación del Referéndum, está legitimado para plantear la consulta facultativa previa de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, previo a autorizar la recolección de firmas (opinión consultiva nro. 2024-0175457). Especifica que, de acuerdo con el numeral 6 de la Ley de Regulación de Referéndum, una vez constatado que los gestionantes cumplieron con los requisitos formales enlistados en los incisos a) y b) de esa norma, el 11 de junio anterior, la iniciativa fue enviada a evaluación del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, según el texto expreso de la referida ley, el citado departamento del Poder Legislativo hizo únicamente una evaluación de vicios formales, los cuales, de haberlos, subsanará de oficio. Por ende, si existen dudas o si se detectan posibles vicios de constitucionalidad, el TSE debe acudir en consulta a la Sala Constitucional. Señala que, en consecuencia, se está en la etapa procesal para formular esta consulta de constitucionalidad. En cuanto al fondo, el Tribunal Supremo de Elecciones consulta acerca de la constitucionalidad de los cánones 2 a 5 de la iniciativa que pretende someterse a consulta ciudadana, los cuales, a su vez, modificarían varios preceptos de la ley nro. 7428, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Especifica que tales numerales modificarían las competencias de la Contraloría General de la República (CGR), órgano constitucional encargado de controlar y fiscalizar la Hacienda Pública. En esencia, el primer capítulo de la propuesta variaría el esquema de trabajo que tiene el órgano contralor, puesto que, por ejemplo, no podrá realizar prevenciones ni dictar instrucciones u órdenes procedentes como parte de sus potestades de control sobre la eficiencia (artículo 4 del proyecto). El numeral 2 de la *lege ferenda* acota la "Finalidad del Ordenamiento de Control y Supervisión superiores", puesto que, actualmente, está concebido para "garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República" (redacción actual del ordinal 11 de la ley nro. 7428), mientras que la propuesta que se enviaría a referéndum señala que tal finalidad solo lo sería para garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de fondos públicos. En otros términos, la evaluación de legalidad ya no sería sobre los referidos controles internos y el manejo de fondos públicos, sino únicamente sobre estos últimos. Por otra parte, el artículo 3 del proyecto aspira a cambiar el perfil de la CGR, en tanto se eliminaría el reconocimiento legal explícito de que esa instancia es el órgano "rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores" y, por la nueva redacción propuesta para el ordinal 12 de la ley nro. 7428, se proscibiría el control y fiscalización previos que actualmente se encuentran vigentes; puesto de otro modo, el órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa encargado de velar por el control de la Hacienda Pública solo podría ejercer sus competencias a posteriori. Por último, el artículo 5 del proyecto nro. 24.364 (que pretende consultarse a la ciudadanía) cambia las facultades administrativas de la CGR, ya que impediría que sus decisiones suspendan la ejecución de actos y contratos del Estado, capacidad que actualmente tiene la referida institución de control. Alega el TSE que esos pretendidos cambios podrían entenderse como una

reducción de las competencias actuales de la CGR, lo que sería contrario a la jurisprudencia constitucional. Afirma que la Sala Constitucional ha considerado ilegítimo que, vía reforma legal, se pretendan diezmar las competencias de fiscalización de la CGR. En tal sentido, en la sentencia nro. 0998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, la Sala Constitucional resolvió: “(...) aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuirselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados...”. Añade que los precedentes del Tribunal Constitucional, por disposición del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, son vinculantes erga omnes, por lo que la legislación que pretenda aprobarse (ya sea por la vía ordinaria o por intermedio del referéndum) debe respetar el estándar de legitimidad constitucional fijado en la jurisprudencia de esa instancia jurisdiccional. El Derecho de la Constitución se encuentra integrado por el propio texto constitucional, los valores, los principios y, de gran relevancia, la jurisprudencia constitucional, de modo que cualquier propuesta normativa que atente contra alguno de esos componentes presenta un vicio de validez material. Enfatiza que la iniciativa varía el perfil competencial del órgano contralor del Estado, situación que, según los pronunciamientos de la Sala Constitucional, es ilegítima si tales cambios lo son para menguar las facultades de control y fiscalización. Señala, en suma, que la posibilidad de que los ordinales 2 a 5 de la iniciativa supongan un menoscabo a las facultades de control de la CGR generan la duda de si, a la luz de los precedentes constitucionales, la propuesta pudiera tener vicios de constitucionalidad.

2.- Mediante resolución de las 08:37 horas del 27 de junio del 2024, la Presidencia de la Sala Constitucional indica que tiene por recibida la consulta presentada. Asimismo, solicita al Directorio de la Asamblea Legislativa la remisión del expediente legislativo número 24.364, o bien copia certificada del mismo. Además, advierte que el plazo que establece el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional empieza a contar, una vez que se tenga por recibidos los documentos solicitados.

3.- Mediante resolución de las 09:39 horas del 28 de junio del 2024, el presidente a.i de la Sala Constitucional tuvo por recibida la copia certificada del expediente legislativo.

4.- Se traslada la consulta a la oficina del Magistrado Cruz Castro, a quien por turno corresponde, quien en este momento es sustituido, por sorteo, por la Magistrada Alvarado Paniagua.

5.- En los procedimientos se han acatado las disposiciones del artículo 100 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y esta resolución se dicta dentro del término que establece el artículo 101 *ibidem*.

Redacta la Magistrada **Alvarado Paniagua**; y,

Considerando:

I.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES PARA INTERPONER LA CONSULTA PREVIA Y FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS PROCESOS DE REFERÉNDUM.- La consulta previa facultativa de constitucionalidad de las iniciativas de referéndum fue introducida mediante reforma de los artículos 96 y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional nro. 7135 del 11 de octubre de 1989, realizada por la Ley nro. 10013 del 24 de agosto de 2021. Así, se modificó el primer párrafo del artículo 96 y se le adicionó un inciso d), y se agregó un último párrafo al artículo 98 de la Ley que regula esta jurisdicción, los cuales actualmente establecen lo siguiente:

“Artículo 96- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos **e iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades**, en los siguientes supuestos:

a *Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.*

b *Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.*

c *Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.*

ch) *Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.*

d) **Cuando lo solicite el Tribunal Supremo de Elecciones, si se tratara de iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades**”. (El subrayado y destacado es propio).

“Artículo 98- Cuando se trate de reformas constitucionales, la consulta deberá hacerse después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. Cuando se trate de otros proyectos o actos legislativos sujetos al trámite de emisión de las leyes deberá interponerse después de aprobados en primer debate y antes de serlo en tercero.

No obstante, cuando la Asamblea Legislativa tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta

deberá hacerse con la anticipación debida y el proyecto se votará aunque no se haya recibido el criterio de la Sala.

En los demás supuestos, la consulta deberá plantearse antes de la aprobación definitiva.

En el caso de las iniciativas de referéndum, la consulta deberá plantearse antes de la autorización de recolección de firmas del Tribunal Supremo de Elecciones en el caso de la modalidad de iniciativa ciudadana y antes de la convocatoria a referéndum para las demás modalidades". (El subrayado y destacado es propio).

A partir de lo anterior, se tiene que la Ley de la Jurisdicción Constitucional vigente permite que el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) realice una consulta previa facultativa de constitucionalidad respecto a las iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades (ciudadana, legislativa o proveniente del Poder Ejecutivo). En este sentido, conforme al último párrafo del artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el TSE debe plantear la consulta antes de la autorización de recolección de firmas en caso de iniciativa ciudadana y antes de la convocatoria a referéndum en las otras modalidades. Por lo anterior, el Tribunal Supremo de Elecciones, conforme a la letra del inciso d) del artículo 96 precitado, así como los artículos 6, inciso d), y 16, párrafo segundo, de la Ley sobre Regulación del Referéndum nro. 8492 del 9 de marzo de 2006, ostenta plena legitimación.

II.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE ESTA CONSULTA FORMULADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES EN PARTICULAR.- Tomando en cuenta lo indicado en el anterior considerando, se constata que en este caso la consulta previa facultativa de constitucionalidad realizada por el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) es admisible, tal como se explica. Del expediente legislativo se observa que el proyecto de ley nro. 24.364, denominado "Ley Jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica" fue presentado por el Poder Ejecutivo a la corriente legislativa, el 05 de junio de 2024. Luego fue publicado el 10 de junio del 2024 en el Alcance nro. 108 de la Gaceta 104. Posteriormente, mediante resolución nro. 4653-E9-2024 de las 18:00 horas del 26 de junio de 2024, el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), con redacción de la magistrada Zamora Chavarría, resolvió presentar la consulta facultativa previa de constitucionalidad sobre el proyecto de ley nro. 24.364, denominado "Ley Jaguar Para El Desarrollo De Costa Rica". Allí se indica que dos ciudadanos han peticionado ante el TSE la autorización para recolectar firmas con el objeto de llevar a referéndum por iniciativa ciudadana el proyecto de ley en cuestión. Razón por la que consideran el momento oportuno para presentar esta consulta es antes de la recolección de firmas. Indican que es fundamental contar con el criterio de esta Sala Constitucional como insumo para determinar si procede o no la recolección de firmas, tomando en consideración el marco temporal definido en los artículos 2, 6, 11 y 17 de la Ley de regulación del referéndum. Visto lo anterior, dado que se cumplen con todos los requisitos de admisibilidad: sujeto legitimado (TSE), objeto consultable (proyecto de ley), momento oportuno (antes de recolección de firmas por tratarse de referéndum por iniciativa popular), y forma requerida (resolución motivada del TSE), procede tener por admitida esta consulta y revisar este órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad, los extremos cuestionados en forma concreta por los consultantes, mas no aspectos generales de constitucionalidad del proyecto de marras, según dispone el artículo 99 de la ley que rige esta jurisdicción. Por otro lado, en cuanto al plazo que tiene esta Sala para emitir la opinión consultiva, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la consulta se evacua dentro del mes siguiente. Como fecha de partida para empezar a contar el inicio de este mes se ha indicado que es, en principio, a partir de la fecha de recibido del expediente legislativo. En este caso, la copia certificada del expediente legislativo consultado se tuvo por recibida mediante resolución de la Sala del 28 de junio de 2024. Así, entonces, el plazo que tiene esta Sala para resolver vence el día hábil siguiente al cumplimiento del mes, que es el 29 de julio de 2024.

III.- SOBRE EL OBJETO DE LA CONSULTA. – Las personas magistradas del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) consultan sobre el proyecto de ley nro. 24.364, denominado "Ley Jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica". Se consulta sobre los artículos 2, 3, 4 y 5, los cuales indican lo siguiente:

"ARTÍCULO 2- Reforma del párrafo primero del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.

Modifíquese el artículo 11, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 11- Finalidad del Ordenamiento de Control y Fiscalización superiores. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley.

ARTÍCULO 3- Modificación del primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.

Modifíquese el primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 12- Órgano rector del ordenamiento

De conformidad con el artículo 11 de la Constitución Política es claro que la Contraloría General de la República en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones no podrá sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa.

(...)

ARTÍCULO 4- Modificación del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.

Modifíquese el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 17- Potestades de fiscalización sobre la eficiencia de los controles internos. La Contraloría General de la República ejercerá la fiscalización de la eficiencia de los controles internos, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

ARTÍCULO 5- Adición de un párrafo final al artículo 22 de la Ley Orgánica de la de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de abril de 2006 y sus reformas.

Adiciónese un párrafo final al artículo 22, de la Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 22- Potestad de investigación.

(...)

En ningún caso el ejercicio de esta potestad suspenderá la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, suspensión que solamente podrá efectuarse mediante la respectiva orden judicial de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable al caso.”

Se consulta sobre la variación del esquema de trabajo que tiene el órgano contralor. En concreto la consulta indica lo siguiente:

1 **Artículo 2 del proyecto** (que reforma el artículo 11): cambia la finalidad del ordenamiento de control y supervisión superiores, pues tal finalidad solo lo sería para garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de fondos públicos. En otros términos, la evaluación de legalidad ya no sería sobre los referidos controles internos y el manejo de fondos públicos, sino únicamente sobre estos últimos.

2 **Artículo 3 del proyecto** (que reforma el artículo 12): aspira a cambiar el perfil de la CGR, en tanto se eliminaría el reconocimiento legal explícito de que esa instancia es el órgano "rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores" y, por la nueva redacción propuesta para el ordinal 12 de la ley nro. 7428, se proibiría el control y fiscalización previos que actualmente se encuentran vigentes; puesto de otro modo, el órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa encargado de velar por el control de la Hacienda Pública solo podría ejercer sus competencias *a posteriori*.

3 **Artículo 4 del proyecto** (que reforma el artículo 17): la Contraloría no podrá realizar prevenciones ni dictar instrucciones u órdenes procedentes como parte de sus potestades de control sobre la eficiencia.

4 **Artículo 5 del proyecto** (que reforma el artículo 22): cambia las facultades administrativas de la CGR, ya que impediría que sus decisiones suspendan la ejecución de actos y contratos del Estado, capacidad que actualmente tiene la referida institución de control.

Alega el TSE que esos pretendidos cambios podrían entenderse como una reducción de las competencias actuales de la CGR, lo que sería contrario a la jurisprudencia constitucional, en concreto se cita la siguiente sentencia donde la Sala Constitucional ha considerado ilegítimo que, vía reforma legal, se pretendan diezmar las competencias de fiscalización de la CGR. En la sentencia nro. 0998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, la Sala Constitucional resolvió:

"(...) aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuirselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados ..."

Se indica que, lo anterior implica que hay una reducción de las competencias, por lo tanto, se incurriría en una inconstitucionalidad.

IV.- SOBRE EL RESGUARDO CONSTITUCIONAL DE LAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.- Sobre el marco constitucional de las competencias de la Contraloría General de la República (CGR) se debe partir de dos normas constitucionales expresas, según el acta nro. 162 de la Asamblea Nacional Constituyente, y la abundante jurisprudencia de esta Sala al respecto. El artículo 183 de la Constitución Política textualmente dispone en su párrafo primero:

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

Por su parte, el artículo 184 define específicamente las atribuciones de este órgano contralor, tal como se indica:

"Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

- 1.- Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado, sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;*
- 2.- Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas y fiscalizar su ejecución y liquidación;*
- 3.- Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos;*
- 4.- Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;*
- 5.- Los demás que esta Constitución o las leyes le asignen."*

Con fundamento en estas dos disposiciones, en forma constante y reiterada, la jurisprudencia constitucional se ha manifestado acerca de las especiales competencias que la Constitución Política le asigna a la CGR en lo que respecta a la vigilancia en el manejo de los fondos públicos. Desde los primeros años de creación de esta Sala, se indicó que la CGR es el **órgano constitucional** creado para el control y fiscalización de la hacienda pública (ver sentencia nro. 1994-03607 <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81069>, y entre otras, las sentencias números 1991-2398, 1992-0660, 1994-3607, 1995-0016, 1995-2632, 1995-4284, 1995-5119, 1998-0998, 1999-9524, 2000-3027, 2000-6326 y 2001-4835), indicándose que la CGR:

"es un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, con competencia expresas para la fiscalización y vigilancia de la hacienda pública -artículo 183 de la Constitución Política-, a la que le corresponde la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos, lo que se concreta en un control de la legalidad en la administración financiera del Estado y sus instituciones -incluyendo a las municipalidades-, labor que desempeña con absoluta independencia y objetividad (...)"(voto n°1999-5445 <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-158355>)

En todas y cada una de las sentencias citadas, esta Sala ha enfatizado que, por voluntad del Constituyente se creó la CGR como órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, con una **función específica y determinada**: la vigilancia de la Hacienda Pública. Al respecto, se resaltan varios extractos del acta nro. 162 de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, con el objetivo de ser amplios en la comprensión del esquema que nuestro **Constituyente** quiso crear con el Órgano Constitucional de control y vigilancia de la Hacienda Pública. Véase lo indicado por el diputado FACIO, cuando refiriéndose a las mociones sobre el ordenamiento financiero de la República, expresó que la CGR es el freno y contrapeso:

*"las normas que parecen necesarias para establecer, en el campo financiero, el sistema de frenos y contrapesos de todo sistema constitucional democrático. (...) En cambio, le damos especial importancia a la Contraloría General de la República. ¿Por qué? Porque **la Contraloría es el freno y contrapeso legislativo** en la ejecución y la liquidación del presupuesto."*(resaltado no corresponde al original).

Posteriormente, en esa misma acta se puede leer la intervención del diputado ARIAS BONILLA, quien realizó un recuento histórico sobre la necesidad de contar en nuestro país con una institución con soporte constitucional, para la vigilancia y buena inversión de los fondos públicos:

*"Hasta 1908 nos conformamos con las disposiciones de la Carta del 71. No fue sino en este año, que se aprobó la Ley de Presupuesto, redactada por don Cleto González Víquez. Estableció esa ley reglas que aún hoy son 6 ACTA N° 162 de actualidad. Sin embargo, esa ley no se acató por algunas administraciones, a pesar de sus principios saludables para la economía del país, ya que estos últimos no tenían el debido respaldo constitucional. El Congreso del año 22 pensó en establecer una Ley de Control que terminara con semejantes anomalías. El Congreso dictó la ley respectiva, que venía a establecer la forma de hacer liquidar los presupuestos. La Ley en cuestión fue tildada de inconstitucional; razón por la cual la Cámara de 1924 propuso la reforma constitucional del caso, creándose el llamado Centro de Control, encargado de la vigilancia y buena inversión de los fondos públicos. Desgraciadamente tampoco esta medida dio los resultados esperados y la Hacienda Pública continuó dando tumbos en algunas administraciones, hasta llegar al desastre fiscal. En esas condiciones, se vio la necesidad de dictar medidas más drásticas en relación con la Hacienda Pública. Se solicitó la colaboración del Departamento de Estado de los Estados Unidos, quien envió a Costa Rica, a uno de sus técnicos. El técnico norteamericano trabajó en Costa Rica por espacio de algunos meses, al final de los cuales entregó su informe al Gobierno de la República. // (...) El técnico norteamericano aconsejaba en su informe cuatro puntos fundamentales: 1) creación de la Oficina de Presupuesto; 2) **la Contraloría, dependiente del Poder Legislativo, con amplias facultades para actuar** dentro de las reglas de su respectiva Ley Orgánica. Al jefe de esa oficina se le dio una inamovilidad por un período largo, de ocho años, para evitar que fuera removido por razones políticas; 3) Tesorería Nacional, oficina principalísima a la cual se le concretó la función de hacer los pagos de gobierno exclusivamente, para acabar con ese mal de varias dependencias oficiales dedicadas al mismo fin. El Tesorero Nacional, de nombramiento del Ejecutivo, y finalmente, la Proveduría Nacional, a fin de que exista un centro proveedor que, cuando en todos aquellos casos que fuere posible el sistema de licitaciones públicas, compre lo que realmente necesita el Gobierno. Esos puntos fueron los que indicaron los técnicos. Las leyes de ordenamiento fiscal posteriormente los consignaron entre sus disposiciones. Si se hubieran aplicado, el país estaría en una situación fiscal muy distinta. Por desgracia no se han aplicado debidamente, hasta el extremo de que esas leyes cayeron en desprestigio. No han producido los efectos que se esperaban, por la mala aplicación de las mismas. **Les faltó, fundamentalmente, el debido soporte constitucional.** Con ese propósito y para hacerle un bien al país, es que nosotros hemos presentado el grupo de mociones que ha leído la Mesa. Hemos formulado el proyecto respectivo para que se incorpore en la nueva Constitución. Nuestro proyecto se basa en esas leyes existentes que no se cumplen. **Elevadas a la categoría de preceptos constitucionales todo Gobierno se vería obligado a ponerlas en ejecución.**"*(resaltado no corresponde al original).

Luego, el diputado FACIO al referirse a la función de aprobación de los presupuestos que hace la Contraloría como una garantía, indicó:

“La intervención de la Contraloría garantiza el Control necesario pero de modo más conveniente. (...) Pero ahora, los bancos elaboran su presupuesto y lo remiten al Ministerio de Hacienda para su aprobación. No ha existido, sin embargo, ningún control efectivo sobre esos presupuestos. Hacienda los aprueba como una simple formalidad. Nosotros pretendemos acabar con esa práctica puramente formal y, además, con el peligro de una arbitrariedad ministerial, haciendo que los presupuestos de esas instituciones autónomas vayan para su estudio y aprobación a la Contraloría General la que tendrá a su cargo, la decisión final sobre los mismos, así como la fiscalización de su ejecución y su liquidación.” (resaltado no corresponde al original).

Además, en el discurso del diputado FACIO, se consigna la importancia del orden y vigilancia estrictos de la Hacienda Pública, y cómo el desvío de una disposición normativa se traduce en el trastorno del plan creado, e indicó que “la suerte está echada”:

“(...) tenemos que darle a estas leyes un relieve y significación eminentes: han de facilitar sin duda alguna las relaciones financieras interamericanas y, a base de orden y de vigilancia estrictos, encaminar la vida interna del país hacia un mayor desarrollo de las fuerzas ahora adormiladas, por falta de seguridad, que se traduce en desgano para el trabajo. La idea determinante en las tres legislaciones, ha sido de infundir confianza; pero no a base de simples afirmaciones y buenos propósitos, sino obligando al Gobierno a practicarlas. Ellas convergen por lo tanto a la realización de tan plausible designio, enlazadas sistemáticamente, en forma tal que el desvío en cuanto a una disposición cualquiera, se traduce mecánicamente en la desobediencia general y consiguiente trastorno del plan. La fiscalización es rígida; pero si hay orden y disciplina en el aporte de las rentas y sumisión al dictamen de los presupuestos, esa fiscalización se convierte en un simple ejercicio de contabilidad y viene a ser nula. Se dice que las cuentas claras hacen los buenos amigos, y sin duda sellarán a través de estas leyes su inquebrantable amistad el Supremo Gobierno y el Centro instituido para controlar sus pasos y gestión. (...) Bajo esos auspicios amables podemos repetir la frase consagrada, llenos de fe: ALEA JACTA EST.” (resaltado no corresponde al original).

Finalmente, se consigna más adelante, el norte de las actuaciones del Órgano de Control, cual es, atender las verdaderas necesidades públicas y frenar los malos manejos:

“Los oficiales de Presupuesto, de Tesorería, de Control y vigilancia, requieren por lo tanto cierta inamovilidad en sus puestos, resguardados ante todo por su buen desempeño y la eficiencia en el servicio; resguardados de la intervención en la política activa y garantizados contra las acometidas funestas de esa dolencia gubernativa, (...) vienen a ser los asesores deseables, los consejeros más respetables para cualquier gobierno, al mismo tiempo que los defensores de la mayor confianza para los fondos con que se atienden las verdaderas necesidades públicas. Han de ser asimismo un freno contra los malos manejos, comprendiendo entre ellos las aventuras temerarias en cuya precipitada ejecución tantas veces nos hemos arrepentido de palpar en desastre en la de nuestra riqueza y la agudización de los compromisos pecuniarios. Esa virtud no les pertenece exclusivamente: siendo apenas un rodaje de la gran máquina del Tesoro Público en marcha, obligados como se hallan a dar cumplida cuenta de su intervención y sus gestiones, será en definitiva el Estado y en nombre de él su Gobierno, y más concretamente el Poder Legislativo, quienes llegarán a enterarse y se mantengan atentos a la vital pulsación que nos aleje de enfermar y quizás de morir por extenuación financiera. En una palabra, esos funcionarios representan prudencia, consejo, confianza nacional y colaboración en definitiva. Por todo esto queremos incorporar esos rodajes complementarios, que a la postre serán muy baratos para la salvación de Costa Rica.” (resaltado no corresponde al original).

De todo lo anterior, resulta evidente el marco o plan que el Constituyente creó respecto de la vigilancia de la Hacienda Pública, bajo un esquema de orden estricto, fiscalización rígida, de garantía y como freno y contrapeso dentro del esquema de separación de poderes.

Siguiendo con los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, se ha determinado que, cuando estén de por medio fondos públicos “el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a dudas, un asunto de orden público” (ver sentencia nro. 2864-92, reiterada en sentencia nro. 2007-6611, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-394723>). Por otro lado, sobre las características de la función de fiscalización, esta Sala en sentencia nro. 1998-998 (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-114246>) señaló que se trata de una función de fiscalización superior, jurídica y financiera:

“La Asamblea Nacional Constituyente, al crear la Contraloría General de la República como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, le confirió la tarea de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública -artículo 183 de la Constitución Política-, en cuanto le corresponde verificar la correcta utilización de los fondos públicos, lo que debe entenderse en los términos ya señalados con anterioridad por este tribunal Constitucional:

“De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple «aprobación», puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales” (resaltado no corresponde al original. Ver además sentencia n° 1994-2340);

En concreto, sobre las competencias constitucionales de la CGR, esta Sala ha indicado que **son expresas, pero también implícitas** y que la verificación es de oportunidad y de legalidad:

“XX.- DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN RELACIÓN CON EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. *En toda organización administrativa debe existir un sistema de control o medios de fiscalización de esa actividad, lo que la dota de un conjunto de garantías de legitimación y de verificación de oportunidad y legalidad, a la vez que logra la eficiencia y moralidad de su funcionamiento. De esta manera, para el cumplimiento de cada uno de los objetivos de los actos administrativos, se requiere el ejercicio del correspondiente medio de control o fiscalización; algunos de ellos están previstos expresamente en la ley y otros, surgen en forma implícita de algún precepto esencial de tipo constitucional, como sucede con el control que ejerce la Contraloría General de la República con la actividad de la contratación administrativa.”* (subrayado no corresponde al original. Sentencia n°1999-5445).

De manera que, por mandato constitucional –artículos 183 y 184- desarrolla competencias constitucionales en las siguientes **materias básicas**: el control del manejo de los fondos públicos, la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa y presupuestos públicos. Estas competencias tienen su origen en normas de rango constitucional, y están desarrolladas en leyes, tales como en la Ley Orgánica de la CGR, la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público, la Ley de Control Interno, la Ley de la Administración Financiera, Ley de Contratación Administrativa y Ley de Concesión de Obra Pública, entre otra normativa. Todas esas competencias constitucionales le permiten, según ha indicado esta Sala en jurisprudencia, por ejemplo: vigilar el manejo de la Hacienda Pública, los fondos públicos y recursos financieros del Estado; la gestión financiera de los empleados públicos; intervenir en las licitaciones o contratación administrativa; controlar la Hacienda Pública y en concreto a las empresas públicas; el refrendo contralor y la improbación de contratos administrativos (como forma de señalarle a la Administración activa los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo); dirección intersubjetiva en materia de Hacienda Pública (sobre todas las anteriores, ver sentencias números 2001-4835, 2015-14975 y 2018-2396); calificación o examen de la idoneidad de las entidades privadas relacionadas con el manejo y uso de fondos públicos (ver sentencia nro. 2005-6910); potestad sancionadora, aunque revisable en vía judicial (ver sentencia nro. 2007-6611); fiscalización previa por medio de autorizaciones, aprobaciones y el refrendo contralor de contratos; fiscalización posterior por medio de auditorías, investigaciones de irregularidades, emisión de órdenes, disposiciones y recomendación de sanciones, entre muchas otras.

En este sentido, se le reconocen a la CGR competencias amplias en las materias indicadas, que **no se limitan a “aprobaciones”** sino que van más allá de ellas. Además, ciertas competencias, tales como recibir la información obligatoria relativa a la actividad contractual, no pueden entenderse como “una mera “remisión y recepción de documentos”; entenderlo así implicaría aceptar que mediante una disposición de carácter legal se disminuyan y eliminen las funciones que la propia Constitución Política le ha conferido.” (ver sentencia nro. 1998-98).

Es más, esta Sala ha establecido una **reserva o resguardo constitucional en las competencias constitucionales asignadas a la CGR**, las cuales son indisponibles para el legislador, si el objetivo es rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas, atribuirselas a otros o modificarlas de forma contraria al Derecho de la Constitución. La Sala ha señalado que las reformas a las competencias de la CGR sólo pueden implicar su ampliación, aclaración o complementación:

“Asimismo, estima esta Sala que, aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuirselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados.” (ver sentencia nro.1998-0998, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-114246>. Reiterada en sentencia nro. 2006-13926, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-359953>)

En esta línea de argumentación, esta Sala al referirse al inciso 5) del artículo 184 sobre las demás atribuciones que las leyes le asignen a la CGR, ha indicado en sentencia nro. 2007-6611 (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0007-260649>), los límites que el legislador tiene respecto de configurar las competencias de la CGR, pudiendo **solo añadir funciones** compatibles con el diseño constitucional, pero nunca distorsionarlo. Así se dijo lo siguiente:

*“El inciso 5) del citado artículo constitucional dispone que son deberes y atribuciones de la Contraloría los demás que la Constitución y las leyes le asignen. Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. **El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano** al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiriéndole competencias que aunque no sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. **Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden.”** (Resaltado no corresponde al original. Véanse en el mismo sentido las sentencias números 2399-91, 0660-92, 3607-94, 0016-95, 2632-95, 5119-95, 0998-98, 9524-99, 2000-3027, 2000-6326, 2001-4835 y 2003-13140, entre otras).*

Todo lo cual reitera el **diseño constitucional** dentro de un Estado democrático de Derecho y los principios generales en relación con el control y fiscalización en la Administración Pública, pues en todo Estado de Derecho debe existir un sistema de control o medios de fiscalización de la Hacienda Pública. En este sentido, la existencia de una Administración sometida al principio de

juridicidad, cuyo objetivo sea la satisfacción del interés general con respeto a los derechos fundamentales y dentro de los límites normativos, es un modelo consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho. Tanto así que la misma CGR se constituye en sí misma en una de las **garantías** de ese Estado de Derecho, como lo ha indicado antes esta Sala: *“la declaración constitucional de la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, es una de las garantías de ese modelo de Estado.”* (ver sentencia nro. 2007-6611). Del mismo modo, el resguardo de las competencias constitucionales de la CGR se convierte en sí mismo en otra garantía para la protección constitucional del control de la Hacienda Pública, conforme al cual se le impide al Estado adoptar medidas que supongan un empeoramiento del nivel de protección ya dado a un derecho. Se reitera lo resuelto en la sentencia nro. 2007-6611: *“La función de vigilancia tiene como fundamento el derecho de los ciudadanos de evaluar cómo se están administrando los recursos públicos que han sido confiados al Estado”*.

Además, en la jurisprudencia se ha establecido que nuestro órgano contralor ostenta competencias amplias de control, indicando que la doctrina más calificada ha **clasificado la fiscalización y el control**, a saber:

a) en cuanto al momento o tiempo en que se realiza en relación con el acto o comportamiento, lo que reviste carácter preventivo o represivo, según sea el caso; el cual, también, puede presentarse de tres maneras diferentes: el **control anterior (“a priori”)**, que en realidad funciona a modo de autorización para el acto o contrato y actúa como condicionante de validez, de manera que cuando el acto sometido al examen no sea conforme a lo debido, proceda, según sea el caso, la suspensión o sustitución; el **control posterior (“a posteriori”)**, que es en realidad una aprobación de lo actuado por la Administración, y constituye un requisito de eficacia del acto; y el **control concomitante**, que se verifica en todo el proceso, a modo de una verdadera fiscalización de la actuación de los entes públicos, constituyéndose en requisitos de validez y eficacia al mismo tiempo;

b) en cuanto a la iniciativa del control, si es a petición de parte (recursos) o actuación de oficio (vigilancia); y

c) en cuanto al objeto que se pretenda lograr con el control o fiscalización, si es de legitimidad o legalidad, si se pretende impedir o reprimir la violación de normas legales, o de oportunidad, en cuanto examina la conveniencia o mérito de lo actuado.

De forma tal que, habiéndose ya establecido distintos tipos de control, el hecho de que una norma venga a pretender suprimir alguno de estos, supondría un menoscabo que se torna por ello en inconstitucional. De allí también que esta Sala le ha dado énfasis a la **independencia funcional** que la Constitución Política otorga a la CGR, la cual le permite a ésta *“...definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98”* (ver sentencia nro. 2007-6611). Ello, además, posiciona a la CGR en una categoría especial dentro del esquema del aparato estatal, pues no solo es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en la materia de su competencia, sino además, según se dijo, se constituye en uno de los contrapesos necesarios en todo Estado de Derecho y del principio de separación de funciones. Así se ha **calificado a la CGR**, en el mismo voto mencionado nro. 2007-6611, como órgano constitucional fundamental del Estado en el control superior de la Hacienda Pública; rector del sistema de fiscalización; y con carácter “superior” del control, derivado de la posición institucional que la CGR ocupa en relación con los otros organismos de control, lo cual encuentra sustento además, en palabras del mismo Constituyente, en el acta nro. 162 citada, en el sentido de que la Contraloría es el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y la liquidación del presupuesto.

V.- SOBRE EL FONDO DE LO CONSULTADO.- Para realizar un mejor análisis de las normas consultadas, se expondrá el criterio de los consultantes, la jurisprudencia que ha sentado este Tribunal sobre la materia regulada referente a cada artículo y, finalmente, se hará el examen de si la propuesta aprueba o no el test de constitucionalidad:

1 Análisis de los artículos 2 y 4 del proyecto (que reforma los artículos 11 y 17 de la Ley Orgánica de CGR):

En criterio de los consultantes, el artículo 2 del proyecto (que reforma el artículo 11) cambia la finalidad del ordenamiento jurídico respecto del control y supervisión superiores, toda vez que la evaluación de legalidad, ya no sería sobre los referidos controles internos y el manejo de los fondos públicos, sino únicamente sobre estos últimos. Respecto del artículo 4 del proyecto, se indica que varía el esquema de trabajo que tiene el órgano contralor en el artículo 11 actual, puesto que, por ejemplo, no podrá realizar prevenciones ni dictar instrucciones u órdenes procedentes como parte de sus potestades de control sobre la eficiencia. Las normas consultadas disponen lo siguiente:

“ARTÍCULO 2- REFORMA DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N.º 7428 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 1994 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 11, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 11- *Finalidad del Ordenamiento de Control y Fiscalización superiores. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley.”*

“ARTÍCULO 4.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N.º 7428 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 1994 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 17.- Potestades de fiscalización sobre la eficiencia de los controles internos. La Contraloría General de la República ejercerá la fiscalización de la eficiencia de los controles internos, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes”.

En criterio de los consultantes, las normas consultadas restringen las potestades de control sobre la eficiencia que actualmente ejerce la Contraloría, a través de la emisión de instrucciones u otro tipo de órdenes al respecto. Veamos lo que dice actualmente el artículo 17 de la ley cuya reforma se pretende:

“Artículo 17.- Potestades de control de eficiencia. La Contraloría General de la República ejercerá el control de eficiencia, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes, **efectuará las prevenciones y dictará las instrucciones y las órdenes procedentes”.**

A partir de lo anterior, resulta plenamente constatable, que la reforma pretendida, en efecto tiene como fin suprimirle a este órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, por un lado, el control sobre la eficiencia del manejo interno de los fondos públicos, y por otro lado, el control de legalidad de los controles internos; así como la potestad de efectuar las prevenciones, dictar las instrucciones y las órdenes procedentes, para efectuar el control sobre la eficiencia, en aquellos casos que le encomienda el artículo 11 de su ley, toda vez que elimina esa parte de la norma actual. Adviértase que el ordinal 11 actualmente dispone lo siguiente:

“Artículo 11.- Finalidad del Ordenamiento de Control y Fiscalización superiores. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, **serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos** en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley”.

Tal supresión implicaría mermar la posibilidad que tiene en estos momentos la Contraloría para ejercer un control sobre la Administración Pública respecto del deber de garantizar actualmente la eficiencia de los fondos públicos. De manera que, con esta reforma se pretende impedir al órgano de control constitucional, por ejemplo, adoptar acciones de prevención o sanción con carácter vinculante cuando se establezcan denuncias por eventuales irregularidades en el manejo de los fondos públicos, lo cual es inaceptable, conforme lo señalado por la jurisprudencia de este Tribunal. Al respecto, desde la sentencia nro. 1999-5445, se ha indicado lo siguiente:

“XX.- DE LOS PRINCIPIOS GENERALES EN RELACIÓN CON EL CONTROL Y FISCALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. En toda organización administrativa debe existir un sistema de control o medios de fiscalización de esa actividad, lo que la dota de un conjunto de garantías de legitimación y de verificación de oportunidad y legalidad, a la vez que logra la eficiencia y moralidad de su funcionamiento. De esta manera, para el cumplimiento de cada uno de los objetivos de los actos administrativos, se requiere el ejercicio del correspondiente medio de control o fiscalización; algunos de ellos están previstos expresamente en la ley y otros, surgen en forma implícita de algún precepto esencial de tipo constitucional, como sucede con el control que ejerce la Contraloría General de la República con la actividad de la contratación administrativa. La doctrina más calificada señala que el control o fiscalización que se realice en la Administración Pública puede ser clasificado desde tres puntos de vista fundamentales: a) en cuanto al momento o tiempo en que se realiza con relación al acto o comportamiento, lo que reviste carácter preventivo o represivo, según sea el caso; el cual, también, puede presentarse de tres maneras diferentes: el control anterior (“a priori”), que en realidad funciona a modo de autorización para el acto o contrato y actúa como condicionante de validez, de manera que cuando el acto sometido al examen no sea conforme a lo debido, proceda, según sea el caso, la suspensión o sustitución; el control posterior (“a posteriori”), que es en realidad una aprobación de lo actuado por la Administración, y constituye un requisito de eficacia del acto; y el control concomitante, que se verifica en todo el proceso, a modo de una verdadera fiscalización de la actuación de los entes públicos, constituyéndose en requisitos de validez y eficacia al mismo tiempo; b) en cuanto a la iniciativa del control, si es a petición de parte (recursos) o actuación de oficio (vigilancia); y c) en cuanto al objeto que se pretenda lograr con el control o fiscalización, si es de legitimidad o legalidad, si se pretende impedir o reprimir la violación de normas legales, o de oportunidad, en cuanto examina la conveniencia o mérito de lo actuado... La Contraloría General de la República es un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, con competencia expresas para la fiscalización y vigilancia de la hacienda pública -artículo 183 de la Constitución Política-, a la que le corresponde la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos, lo que se concreta en un control de la legalidad en la administración financiera del Estado y sus instituciones -incluyendo a las municipalidades-, labor que desempeña con absoluta independencia y objetividad, en tanto no cabe, en principio, el control de discrecionalidad, sino únicamente el de legalidad, al examinarse la conformidad de lo actuado con el ordenamiento jurídico, no el dictado ni intención de la Administración. En síntesis, este control se reduce a la verificación del cumplimiento de los presupuestos de legalidad aplicables, con prescindencia de toda alusión a las cuestiones de política o de mera conveniencia u oportunidad en la administración controlada, **así como de la eficiencia y rentabilidad de la administración financiera; desde luego, mientras la conveniencia o inoportunidad no rebasen los límites más allá de los cuales se convertiría en ilegalidad** de conformidad con los criterios normalmente reconocidos respecto de los límites de la discrecionalidad. En términos generales, este mecanismo de control contiene siempre un ingrediente lógico, que es la verificación de la conformidad del acto o actividad con un patrón normativo de conducta, y una medida consecuente, que constituye un verdadero acto de voluntad, dirigido a permitir o impedir los efectos de la actividad controlada, según que sean correctos o contrarios a derecho.”

En similar sentido, en sentencia nro. 2005-6910, la Sala dispuso al respecto:

“IV.- SOBRE EL FONDO.- DE LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.- En primer término la accionante cuestiona la constitucionalidad del artículo 11, párrafo quinto de la Ley de Creación del Depósito Libre Comercial de Golfito, que es la número 7012 del cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco y de los artículos 2 y 4

inciso j) de la Ley de Control de las Partidas Específicas con Cargo al Presupuesto Nacional, que es la número 7755 de veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y ocho, específicamente en cuanto atribuyen la función de calificación de las entidades privadas que administren recursos públicos a la Contraloría General de la República, por estimar que esa actividad corresponde a la administración activa y en consecuencia, contraviene por un lado la naturaleza del órgano contralor y por otro excede las funciones constitucionales de la Contraloría General de la República, enumeradas en el artículo 184 de la Constitución Política. Del análisis de los artículos cuestionados, **la Sala observa que la intervención de la Contraloría que establecen las normas es para garantizar que los recursos públicos que administran las entidades no gubernamentales se manejen según los criterios de sana administración y que se dé un uso correcto de los recursos públicos. Contrario a lo que arguye el ente fiscalizador accionante y la Procuraduría General de la República en su informe, resulta acorde con los deberes y atribuciones del numeral 184 de la Constitución Política la función que mediante los artículos cuestionados se atribuye a la Contraloría General pues la calificación o examen de la idoneidad de las entidades privadas relacionadas con el manejo y uso de fondos públicos es una actividad típica de fiscalización de la Hacienda Pública, que permite garantizar la eficiencia del manejo de los fondos públicos, en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República.** Es claro que tal función de calificación que realiza la Contraloría como consecuencia de lo dispuesto en los artículos cuestionados, es de control y de ningún modo sustituye la función administrativa de escoger a las empresas para el manejo de esos fondos, pues las partidas las asigna a dichas entidades privadas en el supuesto bajo análisis, la propia municipalidad respectiva en su condición de administración activa; siendo que la beneficiaria debe, para que le sea girada dicha partida, contar con la aprobación por parte de la Contraloría General de la República. Dicho mecanismo de selección de las personas a quienes se les asigna las partidas presupuestarias se entiende claramente de lo dispuesto artículo 2 cuestionado, según el cual las empresas beneficiarias son calificadas por el órgano contralor y "(...) son escogidas por las comunidades, siempre que sus propuestas se canalicen por medio de la municipalidad". En otras palabras, la elección de las empresas no gubernamentales la realiza la propia administración quedando sujeto o condicionado el giro de la partida a la empresa elegida a la calificación de idoneidad que hace el órgano contralor, lo que constituye un requisito de eficacia y enmarca dentro del ámbito de competencia que se atribuye a la Contraloría en el artículo 183 en relación con el 184, ambos de la Constitución Política. Consecuente con lo expuesto, se concluye que las disposiciones cuestionadas no exceden el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República y procede declarar sin lugar la acción en cuanto a estos extremos."

Conforme lo expuesto, son claras las competencias que tiene la Contraloría para ejercer, de forma amplia, el control sobre la Hacienda Pública. Un control constitucional que no se reduce únicamente a aspectos de legalidad sobre lo ya actuado por la Administración Pública, sino que le confiere a este órgano también la potestad para garantizar la eficiencia del manejo de los fondos públicos, respecto de aquellos sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República.

Además, esta Sala reiteró la competencia de la CGR para ejercer control de legalidad, pero también control sobre la oportunidad y conveniencia en el manejo de los fondos públicos:

"El accionante manifiesta que la Contraloría es "... un órgano que solo puede controlar la legalidad de los actos y no la oportunidad, conveniencia o mérito." El Tribunal no comparte tal afirmación. El sistema de fiscalización contenido en la Constitución Política y desarrollado por el legislador va más allá del "control de legalidad", pues se trata de garantizar la adecuada administración de los fondos públicos.

La función de vigilancia tiene como fundamento el derecho de los ciudadanos de evaluar cómo se están administrando los recursos públicos que han sido confiados al Estado. Precizando el concepto de vigilancia, la Real Academia de la Lengua lo define como "el cuidado y la atención exacta en las cosas que están a cargo de uno" (Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, T. II, Madrid, 1992, p. 2090). Evidentemente, tratándose de fondos públicos no debe existir límite alguno a ese "cuidado y atención exacta". **Todo lo contrario, una vez otorgada la potestad de vigilancia ésta ha de entenderse en el más amplio sentido de la palabra, excepto disposición contraria al respecto y debe potenciarse su efectividad a través de mecanismos que aseguren su cumplimiento.**

Ahora bien, cuando la Constitución atribuye a la Contraloría la función de "vigilancia de la Hacienda Pública", no define cuáles potestades puede ejercer ese órgano con el propósito de llevar a cabo esa vigilancia de manera efectiva; tampoco define el contenido del control. En tal sentido, si bien es indudable que la "conveniencia y la oportunidad" de la utilización de los fondos públicos es un asunto que compete primordialmente a la administración, esa oportunidad y conveniencia debe determinarse racionalmente. Y la razonabilidad de las decisiones administrativas radicará en la utilización eficiente de los recursos públicos, en tanto se trata de los recursos de la comunidad en su conjunto." (sentencia n°2007-6611)

Es más, resulta claro lo que más adelante se dice en esa misma sentencia, sobre el control de la eficiencia del uso de fondos públicos en la Administración:

"En este sentido, en la sentencia 5825-97 de 14:06 hrs. del 19 de septiembre, al analizar la constitucionalidad de un reglamento emitido por la Contraloría para regular los gastos de transporte y viáticos de los funcionarios públicos, la Sala señaló que la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública encomendada a la Contraloría abarca el control de eficiencia de la Administración. Ello por cuanto al estar de por medio los recursos de todos los costarricense, el control que se ejerce sobre ellos es de orden público, como bien lo ha señalado este Tribunal. Así los fondos públicos deben ser administrados no sólo de conformidad con el principio de legalidad, sino de manera eficiente y con claro respeto a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia.

(...)

Es así como la potestad de vigilancia de la Contraloría General sobre la Hacienda Pública va más allá del mero control de legalidad, pues su objetivo es garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. **El control de eficiencia permite** determinar la utilización o no utilización de reglas de administración adecuadas en el manejo de los fondos públicos.

Evidentemente esa potestad de vigilancia, que en última instancia tiene como objetivo atacar cualquier forma de corrupción, será tan exitosa como amplias sean las potestades de fiscalización sobre el uso de los fondos públicos, lo cual involucra necesariamente **el control de eficiencia de estos fondos**, máxime en el caso de los beneficios transferidos del sector público al sector privado, donde el traslado de fondos debe estar motivado en objetivos de bienestar general.” (resaltado no corresponde al original).

Por lo tanto, la eliminación del control de legalidad respecto de los controles internos y la eliminación del control de eficiencia respecto del manejo de fondos públicos, es inconstitucional, no sólo porque de una disminución de controles se trata, siendo que ya se estableció que las competencias constitucionales asignadas a la CGR están resguardadas y son indisponibles para el legislador, quien solo puede ampliarlas, aclararlas o complementarlas pero no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas, atribuírselas a otros o modificarlas de forma contraria al Derecho de la Constitución. El control de legalidad y de eficiencia, tanto de los controles internos como del manejo de fondos públicos son competencias que, como ya fue señalado en el acápite anterior, no pueden ser cercenadas, pues están implícitas en los artículos 183 y 184 constitucionales. De ahí que se consideran inconstitucionales los artículos 2 y 4 consultados, por violación de esas dos últimas disposiciones constitucionales.

2 Análisis del Artículo 3 del proyecto (que reforma el artículo 12 de la Ley Orgánica de CGR):

Afirman los magistrados consultantes, que el artículo 3 del proyecto aspira a cambiar el perfil de la CGR, en tanto se elimina el reconocimiento legal explícito de que esa instancia es el órgano "rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores" y, por la nueva redacción propuesta para el ordinal 12 de la ley nro. 7428, se proscribe el control y fiscalización previos que actualmente se encuentran vigentes. Al efecto, el artículo cuestionado dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 3.- MODIFICACIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N°7428 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 1994 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

“Artículo 12. Órgano rector del ordenamiento.

De conformidad con el artículo 11 de la Constitución Política es claro que la Contraloría General de la República en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones no podrá sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa. (...)

Los consultantes aducen que esa disposición elimina todo control y fiscalización previa que ejerce actualmente la Contraloría. Al respecto, el artículo 12 que se pretende reformar dispone:

“Artículo 12.- Órgano rector del Ordenamiento.

La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta Ley.

Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan.

La Contraloría General de la República dictará, también, las instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización.

La Contraloría General de la República tendrá, también, la facultad de determinar entre los entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuales se realizará esta y el conjunto razonable de medios técnicos, humanos y materiales que deberán emplear”.

Es indudable a partir de lo anterior, que con la reforma legal en cuestión se pretende limitar la actuación de este órgano contralor constitucional. La norma consultada lo veda expresamente para “sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa”. Adviértase que, actualmente, se establece a la Contraloría General de la República como el *órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores*, lo cual es suprimido en la norma consultada. En ese sentido, la Contraloría actualmente, puede y debe dictar las disposiciones, normas, políticas y directrices, dentro del ámbito de su competencia, las cuales son de acatamiento obligatorio y prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan. Además, puede dictar también, las instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización, y tiene asimismo, la facultad de determinar entre los entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuales se realizará esta y el conjunto razonable de medios técnicos, humanos y materiales que deberán emplear. Con la reforma en cuestión, todas esas

potestades relacionadas con el control previo son cercenadas, en iguales términos a lo indicado en el apartado anterior. Se reitera lo resuelto por esta Sala al respecto:

"III.- DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO FISCALIZADOR DE LA HACIENDA PÚBLICA. - En diversas ocasiones este Tribunal se ha manifestado en torno a la importante función que realiza la Contraloría General de la República –órgano constitucional adscrito a la Asamblea Legislativa en lo relativo al manejo de la hacienda pública-. Así, es con fundamento en lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política que se le ha delegado la importante función de la fiscalización superior, jurídica y financiera del manejo de la hacienda pública; de manera que se trata de una competencia dada por mandato constitucional, por lo que se ha indicado que **se trata de una competencia que el legislador no puede desconocer, rebajar, disminuir, suprimir o atribuírsela a otros órganos públicos, sino que está en la obligación de reconocer a fin de no quebrantar las normas y principios constitucionales que rigen esta materia.** Es así como estas competencias, aún cuando tienen su origen en las normas constitucionales supra-citadas, están desarrolladas en las leyes, tales como la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428, Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, número 8131, Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, número 8422, Ley de la Contratación Administrativa, número 7494. **La labor de fiscalización de la hacienda pública faculta a la Contraloría a ejercer control en todos los ámbitos que le conciernen, esto es, en los procedimientos de la contratación administrativa, en el manejo de los presupuestos de las diversas entidades descentralizadas, y por supuesto, en la gestión financiera que los funcionarios públicos hacen de estos recursos (administración, custodia, conservación, manejo, gasto e inversión).** Lo anterior puede ser sintetizado por lo dicho por la Sala respecto en sentencia número 5119-95, de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco:

"V.- La Contraloría General de la República como su Ley Orgánica remarca (Ley No.7428 de 7 de setiembre de 1994) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada ley. **Ejerce principalmente las atribuciones específicas que la Constitución le confiere en el artículo 184. El inciso 5) del citado artículo constitucional dispone que son deberes y atribuciones de la Contraloría los demás que la Constitución y las leyes le asignen. Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiriéndole competencias que aunque no sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden.**" (En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias número 2399-91, 0660-92, 3607-94, 0016-95, 2632-95, 5119-95, 0998-98, 9524-99, 2000-3027, 2000-6326, 2001-4835, 2003-13140.)..."

... Especial consideración debe hacerse respecto de la potestad sancionatoria de la Contraloría, por cuanto esta imparcialidad está dada en atención a **que es precisamente por mandato constitucional que se le impone la competencia de fiscalizar el manejo de los fondos públicos; con lo cual, se instituye en un órgano absolutamente objetivo y especializado en esta materia, de modo semejante al órgano jurisdiccional en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional (resolución de conflictos con autoridad de cosa juzgada y ulterior ejecución de lo resuelto).** En todo caso, no debe de olvidarse que la ulterior revisión en la vía jurisdiccional ordinaria –contencioso-administrativo– de lo resuelto en la vía administrativa se constituye en otra garantía para el administrado..." La existencia de una Administración sometida al principio de legalidad, cuyo objetivo sea la satisfacción del interés general con respeto a los derechos fundamentales y dentro de los límites legales, es un modelo consustancial al Estado Social Democrático de Derecho. Así, **la declaración constitucional de la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, es una de las garantías de ese modelo de Estado.** En la sentencia número 9524-99 de las 9:06 minutos del 3 de diciembre de 1999 esta Sala señaló que **la independencia funcional que la Constitución Política otorga a la Contraloría General permite a ésta "...definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia,** según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98".

La fiscalización o vigilancia de la Hacienda Pública solo es posible en un ordenamiento donde el Derecho no solo rige la actuación del Estado, sino que fundamenta y limita su ejercicio. En este sentido, **las competencias atribuidas por el legislador a la Contraloría General a través de su Ley Orgánica reflejan su propósito de potenciar su naturaleza de "órgano constitucional fundamental del Estado...en el control superior de la Hacienda Pública",** así como la rectoría del sistema de fiscalización (artículo 1). Ese carácter "superior" del control deriva de la posición institucional que la Contraloría General ocupa en relación con los otros organismos que pueden ejercer control en este caso, lo que es reafirmado a través de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría, dirigidas a regular y organizar el sistema de fiscalización del país.

El accionante manifiesta que la Contraloría es "... un órgano que solo puede controlar la legalidad de los actos y no la oportunidad, conveniencia o mérito." El Tribunal no comparte tal afirmación. El sistema de fiscalización contenido en la Constitución Política y desarrollado por el legislador va más allá del "control de legalidad", pues se trata de garantizar la adecuada administración de los fondos públicos.

La función de vigilancia tiene como fundamento el derecho de los ciudadanos de evaluar cómo se están administrando los recursos públicos que han sido confiados al Estado. Precizando el concepto de vigilancia, la Real Academia de la Lengua lo define como "el

cuidado y la atención exacta en las cosas que están a cargo de uno" (Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, T. II, Madrid, 1992, p. 2090). Evidentemente, tratándose de fondos públicos no debe existir límite alguno a ese "cuidado y atención exacta". **Todo lo contrario, una vez otorgada la potestad de vigilancia ésta ha de entenderse en el más amplio sentido de la palabra, excepto disposición contraria al respecto y debe potenciarse su efectividad a través de mecanismos que aseguren su cumplimiento.**

Ahora bien, cuando la Constitución atribuye a la Contraloría la función de "vigilancia de la Hacienda Pública", no define cuáles potestades puede ejercer ese órgano con el propósito de llevar a cabo esa vigilancia de manera efectiva; tampoco define el contenido del control. En tal sentido, si bien es indudable que la "conveniencia y la oportunidad" de la utilización de los fondos públicos es un asunto que compete primordialmente a la administración, esa oportunidad y conveniencia debe determinarse racionalmente. Y la razonabilidad de las decisiones administrativas radicará en la utilización eficiente de los recursos públicos, en tanto se trata de los recursos de la comunidad en su conjunto.

En este sentido, en la sentencia 5825-97 de 14:06 hrs. del 19 de septiembre, al analizar la constitucionalidad de un reglamento emitido por la Contraloría para regular los gastos de transporte y viáticos de los funcionarios públicos, la Sala señaló que la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública encomendada a la Contraloría abarca el control de eficiencia de la Administración. Ello por cuanto al estar de por medio los recursos de todos los costarricenses, el control que se ejerce sobre ellos es de orden público, como bien lo ha señalado este Tribunal. **Así los fondos públicos deben ser administrados no sólo de conformidad con el principio de legalidad, sino de manera eficiente y con claro respeto a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia.**

En la sentencia 1903-99 la Sala analizó los artículos 6, 11 y 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y potenciando la potestad de vigilancia atribuida por los constituyentes indicó que:

"Como puede colegirse de las normas señaladas en éstas se expanden las potestades de fiscalización de los fondos públicos de la Contraloría General de la República, esto es no se afectan para nada las funciones de fiscalización de los actos de disposición de los fondos públicos, sino que más bien se ven reforzadas por las normas. De ahí que el accionante carezca de legitimación para accionar en vista de que el interés difuso de defender las funciones de fiscalización de los fondos públicos no resulta afectado en absoluto."

Es así como la potestad de vigilancia de la Contraloría General sobre la Hacienda Pública va más allá del mero control de legalidad, pues su objetivo es garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. El control de eficiencia permite determinar la utilización o no utilización de reglas de administración adecuadas en el manejo de los fondos públicos.

Evidentemente esa potestad de vigilancia, que en última instancia tiene como objetivo atacar cualquier forma de corrupción, será tan exitosa como amplias sean las potestades de fiscalización sobre el uso de los fondos públicos, lo cual involucra necesariamente el control de eficiencia de estos fondos, máxime en el caso de los beneficios transferidos del sector público al sector privado, donde el traslado de fondos debe estar motivado en objetivos de bienestar general.

La vigilancia que ejerce la Contraloría sobre el uso de los fondos públicos es fundamental, pues su utilización tiene como objetivo procurar el bienestar general de la comunidad. Sería ilegítimo e inconstitucional que tales fondos se destinaran a la satisfacción de intereses privados o que fueran despilfarrados o empleados para fines no necesarios. No en balde esta Sala ha señalado claramente que cuando estén de por medio fondos públicos "(...), el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a dudas, un asunto de orden público" (Voto No. 2864-92 de las quince horas del nueve de septiembre de mil novecientos noventa y dos)." (Sentencia nro. 2006-013926 de las 14:44 horas del 20 de setiembre de 2006, reiterada en la sentencia 2007-6611 de las 14:50 horas del 16 de mayo de 2007)

En sentencia nro. 1999-5445, este Tribunal también dispuso lo siguiente:

"...De manera que la disposición de los bienes está sujeta al control en los términos previstos por la legislación pertinente (Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y Ley de la Contratación Administrativa), puesto que la Contraloría verifica un control de legalidad y financiero-contable (análisis del presupuesto, para determinar la relación entre ingresos y egresos y definir la capacidad de pago), para constatar que no se afecta de ninguna manera el normal equilibrio que debe existir en relación con sus otros compromisos y deudas, y en el que obviamente, están previstas las responsabilidades del caso... Se repite que de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia constitucional citada y en Considerandos anteriores, la intervención de la Contraloría General de la República en la actividad contractual realizada por las distintas instancias públicas, es un pilar fundamental en el sistema de la contratación administrativa..."

Conforme lo expuesto, este sistema de fiscalización establecido en la Constitución Política y desarrollado por el legislador, tal como está, va más allá del "control de legalidad" que pretende en este caso la reforma legislativa, pues tal y como este Tribunal señaló, se trata de garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. En ese sentido, la función de vigilancia tiene como fundamento el derecho de los ciudadanos de evaluar cómo se están administrando los recursos públicos que han sido confiados al Estado. Para ello debe garantizarse el cuidado y la atención exacta de tal tarea. Por eso es que, expresamente se ha indicado, según se expuso, que, "tratándose de fondos públicos no debe existir límite alguno a ese "cuidado y atención exacta". A la inversa, una vez otorgada la potestad de vigilancia esta debe entenderse en el más amplio sentido de la palabra, y potenciarse su efectividad a través de mecanismos que aseguren su cumplimiento. De ahí que, en el tanto la norma consultada suprime parte de las competencias que este órgano contralor ya posee para el ejercicio fiscalizador encomendado por el Constituyente, hace que la misma adolezca del vicio de constitucionalidad apuntado por los consultantes, con excepción de los verbos "sustituir y abarcar", pues es claro que la CGR no es administración activa y, por ende, esas funciones competen a la Administración. Desde la óptica del Derecho de la Constitución -valores, principios y normas- y los principios y normas básicas que rigen la gestión administrativa es

claro que los órganos de control, en ningún caso, pueden sustituir o desplazar las funciones que le competen a la administración activa, de hacerlo, no solo sería inconstitucional, sino que conllevaría trastocar todo el diseño de la organización administrativa, tanto desde el punto de vista estático -organización- como dinámica -las competencias- con el consecuente perjuicio a los intereses generales.

3 Análisis del Artículo 5 del proyecto (que reforma el artículo 22 de la Ley Orgánica de CGR):

Afirman las y los consultantes, que el artículo 5 del proyecto cambia las facultades administrativas de la CGR, ya que impediría que sus decisiones suspendan la ejecución de actos y contratos del Estado, capacidad que actualmente tiene la referida institución de control -reducción de competencias-. Esto señala el artículo en cuestión:

“ARTÍCULO 5.- ADICIÓN DE UN PÁRRAFO FINAL AL ARTÍCULO 22 DE LA DE LA (SIC) LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N°7428 DE 04 DE ABRIL DE 2006 Y SUS REFORMAS.

Adiciónese un párrafo final al artículo 22, de la Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

“Artículo 22.- Potestad de investigación.

(...)

En ningún caso el ejercicio de esta potestad suspenderá la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, suspensión que solamente podrá efectuarse mediante la respectiva orden judicial de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable al caso.”

Actualmente, el artículo 22 dispone lo siguiente:

“Artículo 22.- Potestad de investigación. *La Contraloría General de la República podrá instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado.*

La Contraloría General de la República también deberá instruir sumarios o realizará investigaciones especiales, cuando lo soliciten los órganos parlamentarios de la Asamblea Legislativa o cuando lo soliciten conjuntamente al menos cinco diputados”.

A partir de lo anterior, aun cuando la norma consultada no modifica el texto en lo que actualmente indica respecto de las potestades de investigación del órgano contralor, al incorporarle este último párrafo al artículo 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es evidente que se limitan sus potestades actuales para suspender la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, relegando tal posibilidad únicamente a las autoridades jurisdiccionales. La suspensión de los actos dentro de una investigación o procedimiento administrativo constituye una medida cautelar que procura evitar que la ejecución del mismo cause perjuicios graves o genere daños irreparables. Si partimos de la función que ejerce la Contraloría General de República de velar por la legalidad de los ingresos, gastos e integridad del patrimonio estatal, así como de la eficiencia en el manejo de esos fondos públicos; es indispensable que, frente a una situación determinada que amerite el adoptar una medida cautelar, pueda disponer de la suspensión del acto como la estila actualmente, con el objeto de hacer efectiva esa responsabilidad patrimonial. Despojarla de esa potestad como pretende la norma consultada, es nuevamente reducir el ámbito del ejercicio de sus potestades de fiscalizadora. Se reitera lo dispuesto por esta Sala en la sentencia nro. 1998-0998:

“...de manera que la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa, según lo indicado por esta Sala en sentencia número 2398-91, de las quince horas veinte minutos del trece de noviembre de mil novecientos noventa y uno:

“En primer término, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa.”

Dentro de las funciones comentadas, la Contraloría resulta competente para fiscalizar a los funcionarios encargados de la administración de los fondos públicos, según se indicó en sentencia número 3607-94, de las quince horas del diecinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro:

“En este sentido, olvida el petente que el artículo 183 de la Constitución Política dispone que:

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

Nótese que las facultades cuestionadas se otorgan al órgano constitucional creado para el control y fiscalización de la hacienda pública, y las funciones que le encomienda la Ley de la Administración Financiera vienen a desarrollar el presupuesto constitucional, razón por la que la fiscalización e investigación de los funcionarios públicos «que reciben, custodian, pagan o administran bienes o valores del Estado», no está más allá de las funciones encomendadas a este órgano, más bien responden al interés del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”;

y continúa diciendo:

“[...] lo que la ley encomienda a la Contraloría es la de fiscalización del cumplimiento de la Ley de la Administración

Financiera, lo que conlleva al control de los funcionarios públicos que manejan fondos públicos, constituyendo la labor de investigación una consecuencia lógica de la misma, y que se llevará a cabo cuando exista mal uso de los bienes y valores del Estado.”

Asimismo, estima esta Sala que, aún cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados.”

Conforme lo expuesto, el artículo 5 consultado también resulta inconstitucional, toda vez que, al impedirle a la Contraloría dictar la suspensión del acto, cuando así se requiera para salvaguardar el interés público y evitar un daño grave o irreversible en las arcas públicas, constituye una supresión de sus potestades para ejercer eficientemente las competencias conferidas por el Constituyente en los artículos 183 y 184 constitucionales.

V.- EN CONCLUSION.- 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, por lo que la Sala verifica que las normas consultadas, artículos 2, 3, 4, y 5 del proyecto nro. 24.364 “Ley jaguar para el desarrollo de Costa Rica” que reforman los artículos 11, 12, 17 y 22 de la Ley Orgánica de la CGR, implican un resquebrajo claro y directo a todo el esquema constitucional de la CGR indicado y al resguardo de sus competencias, en claro retroceso y regresión de nuestra institucionalidad de control y vigilancia de la Hacienda Pública. De ahí que se evacua la consulta previa facultativa realizada por el TSE, en cuanto a que todos los artículos consultados, artículos 2, 3, 4 y 5 indicados, resultan inconstitucionales, por violación del marco constitucional de las competencias del órgano constitucional de control de la hacienda pública, la CGR.

VI.- NOTA CONJUNTA DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO VÍQUEZ, RUEDA LEAL Y SALAZAR ALVARADO CON LA REDACCIÓN DEL PRIMERO.- Es necesario esta nota para dejar bien claro que el supuesto que se resolvió en la opinión consultiva, sentencia nro. 2018002396 de las 11:41 horas de 14 de febrero de 2018, es muy diferente del actual. En aquella ocasión, abogamos por la declaratoria de constitucionalidad del referendo contralor en un proyecto de ley elaborado por la Contraloría General de la República, tomando en cuenta de que esta seguía ejerciendo sus funciones de control y fiscalización sobre la contratación administrativa, es decir, no se estaba afectando sus competencias constitucionales ni eliminado potestades o instrumentos para su ejercicio. Al respecto, expresamos, en lo que interesa, lo siguiente:

“Es claro que no procedería una eliminación genérica de las facultades que ha establecido el constituyente, pero ello no es óbice para que el legislador logre ajustar a los tiempos actuales las competencias constitucionales y legales asignadas a la Contraloría. La jurisprudencia ya ha reconocido que, a pesar de las modificaciones a ciertas leyes, estas resultan constitucionales, porque se conserva y se mantiene la competencia constitucional del referendo, leyes en las que el legislador tiene un amplio margen de discreción para regularlo (sin disminuir o eliminar esas competencias)”.

*“pero no reducir ni eliminar la competencia que por mandato constitucional compete al órgano contralor. En este sentido, se reafirma que en el ejercicio de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva que ejerce la Contraloría General de la República, que puede igualmente hacerse de forma directa o indirecta conservando las potestades de fiscalización sobre todo el conglomerado administrativo y de instituciones que tiene bajo su control, el legislador puede trasladar el referendo a las administraciones activas **reservándose la Contraloría las potestad normativa, de vigilancia y fiscalización.** Ciertamente se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, salvo los supuestos genéricos en que el constituyente originario lo impone (2008-11210). En este sentido, el legislador goza de la libertad de configuración al aprobar la respectiva regulación legislativa, pero no puede reducir ni eliminar la función del referendo contralor, sin que, lógicamente, se quiebren principios trascendentales del control que técnicamente debe llevar a cabo la Contraloría General de la República por mandato expreso del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas)”.*

En ese caso también la propia Contraloría General de la República, pese a las reformas objeto de la consulta, mantenía la potestad de fiscalizar a la administración activa. Justamente, en aquella oportunidad señalamos: también mantenía un control sobre el referendo, pues el artículo consultado decía:

“C.- Los deberes y atribuciones de vigilancia de la Hacienda Pública mutan pero no se reducen ni eliminan. A nuestro juicio, no vulnera la función constitucional del referendo contralor el numeral 2 del proyecto de Ley sobre el Referendo de las Contrataciones de la Administración Pública, pues mantiene la regla de la aprobación como un requisito previo a la orden de inicio, más aún, dispone que sin el referendo o dada su denegación, se impide la eficacia jurídica del contrato y prohíbe su ejecución. Si bien el referendo muta de un control directo a uno indirecto por parte de la Contraloría, debe señalarse que el artículo 7 reforma el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el que se le otorga la potestad de fiscalizar el desempeño de

las respectivas instancias de la administración activa, al establecer lo siguiente:

“Artículo 20- Potestad de fiscalización sobre el ejercicio del refrendo

La Contraloría General de la República podrá fiscalizar cualquier aspecto vinculado con el ejercicio del refrendo que realiza la Administración Pública, incluidos los esquemas de control interno que esta aplique. Para esos efectos, la Contraloría General de la República requerirá toda la información necesaria a la Administración, que tendrá la obligación de proporcionarla en el plazo que se indique.

Para los efectos de la fiscalización en esta materia, la Contraloría General de la República deberá emitir los lineamientos que regulen los aspectos mínimos del refrendo de la Administración, tales como las categorías contractuales, los montos, las modalidades, los objetos, el alcance del análisis de legalidad de los contratos y los plazos para dar respuesta a los requerimientos de información, entre otros.

Estos lineamientos también podrán agregar elementos adicionales para la motivación mínima que regula el artículo 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, así como disponer los supuestos en que la Contraloría General de la República decida resolver el conocimiento del refrendo desarrollado en esta ley” (lo escrito en negrita no es del original).

Como se ha mencionado en esta opinión consultiva, la jurisprudencia de esta Sala evoluciona en cuanto al ejercicio del refrendo de la Contraloría General de la República, lo que ha sido recogido tanto por dicha institución como por la Asamblea Legislativa, desde entenderlo como una competencia exclusiva de la Contraloría, el cual puede ejercer con absoluta independencia funcional y administrativa, donde, concomitantemente, a considerar que en sus efectos prácticos puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, para defender dicha independencia (como en efecto lo estableció la sentencia 1999-9524). Así, se le reconoció a la Contraloría que puede establecer los mecanismos para modular dicho ejercicio (como sucedió con el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública de la Contraloría General de la República, R-CO-44-2007 de las nueve horas del once de octubre de dos mil 2007). En este proyecto de Ley, se reafirma la atribución constitucional en cabeza de la Contraloría, pues es el que tiene el monopolio de la competencia en cuanto a la función normativa y reafirma el papel de órgano rector en la fiscalización y vigilancia superior de la Administración Pública, delegando en las asesorías jurídicas u otras que designe el jerarca, la función aprobatoria del contrato administrativo, lógicamente siguiendo sus lineamientos, y bajo la vigilancia de las auditorías institucionales en las diferentes Administraciones Públicas (apéndices de la Contraloría). En consecuencia, si bien se otorga a las administraciones públicas la competencia para otorgar el refrendo, es lo cierto también que la misma ley establece que serán controladas por sus auditorías y vinculadas a los lineamientos que emita la Contraloría General de la República (artículos 12 y 24 de su Ley Orgánica), quienes velarán, en primera instancia, por el cumplimiento de los lineamientos emitidos, y controlando la aprobación de la contratación administrativa de forma estricta con la normativa que el órgano contralor ha establecido en el ejercicio de la competencia constitucional. Es decir, se mantiene una tutela administrativa o dirección intersubjetiva para lograr que la contratación siempre esté apegada a la legalidad, sea transparente y logre eficiencia y agilidad de cara a la satisfacción objetiva de los intereses públicos. No se puede olvidar que el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece como un órgano rector del ordenamiento al órgano contralor. Dice la disposición que:

“La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta Ley.

Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan.

La Contraloría General de la República dictará, también, las instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización.

La Contraloría General de la República tendrá, también, la facultad de determinar entre los entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuales se realizará esta y el conjunto razonable de medio técnicos, humanos y materiales que deberán emplear” (lo resaltado no es del original).

El artículo 24 establece las potestades de dirección en materia de fiscalización. La norma establece que:

“La Contraloría General de la República podrá dictar los planes y programas de su función fiscalizadora, así como las políticas, los manuales técnicos y las directrices que deberán observar los sujetos pasivos en el cumplimiento del control interno, por medio de los órganos correspondientes” (lo resaltado no es del original).

En consecuencia, el uso de éstas y otras atribuciones establecidas en el artículo 20 de la Ley Orgánica de Contraloría General de la República, permiten delinear, claramente, las potestades de un órgano rector en la materia de fiscalización, en este caso, en conexión con el proyecto de Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, al determinar las políticas, los manuales técnicos y las directrices que regularán los aspectos mínimos del refrendo que realizarán las diferentes administraciones a través de sus asesorías jurídicas o de sus órganos especializados designados por el jerarca. Esto conlleva, por supuesto, adaptar la normativa a todos los contornos técnicos y especialidades de la actividad administrativa y del control sobre los fondos públicos, conforme a la experticia histórica que la Contraloría General de la República tiene en esta materia. Dada la textura abierta de la norma, estima esta Sala que la Contraloría, en el ejercicio de las amplias facultades que tiene, no podrá disminuir en modo alguno el marco regulatorio del refrendo contralor, es decir, al desarrollar estas potestades y atribuciones indirectas de cómo debe hacerse por parte de las administraciones públicas o activas el refrendo establecido en la Constitución Política y en las leyes. No puede convertirlo en un requisito de mero trámite, sino que debe cumplir cabalmente con el objeto y fin que el constituyente estableció con él, de ahí que es necesario que la Contraloría al ejercer esta competencia constitucional debe garantizar que el refrendo cumple las exigencias técnicas y jurídicas propias de una fiscalización contemporánea y rigurosa, en especial cuando se trata de obras o contrataciones de gran envergadura e importancia para el desarrollo del país, no solo atendiendo al monto de la contratación, sino al papel estratégico que la obra o el servicio tendría en el desarrollo sostenible de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo vigente, lo que le impone al órgano contralor una labor permanente de vigilancia y fiscalización, de forma tal que se le garantiza a la Nación costarricense –actuales y futuras generaciones- que las contrataciones administrativas se apegaran a los

requerimientos técnico-jurídicos que impone una Administración Pública eficaz, eficiente y honesta”.

Finalmente, se estableció lo siguiente:

“Nótese que el proyecto de Ley aunque avanza hacia una forma de fiscalización del refrendo contralor, en una importante parte de su contenido, mantiene la aprobación a priori; empero para casos excepcionales, admite la modalidad ex post. Así las cosas, no se establece, como regla general, la aprobación ex post, naturalmente para mantener una coherencia con todo el sistema constitucional vigente.”

La situación es muy diferente en el proyecto de ley que consulta el Tribunal Supremo de Elecciones, pues, a diferencia de aquel en la que se cambia la modalidad del control y la fiscalización del órgano contralor, en este se le afectan sus competencias constitucionales y se les suprimen potestades esenciales para su ejercicio, de ahí que la conclusión a la que arribamos en cada uno de los artículos consultados necesariamente tiene que ser diferente a nuestra postura en el caso anterior.

VII.- NOTA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ.- Hay un argumento que adiciono a los ya esbozados en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales se citan en la opinión consultiva, y es que siguiendo el **principio de la competencia de la competencia**, el órgano llamado a definir el alcance de sus **atribuciones constitucionales** lo es quien las tiene asignadas, sea la Contraloría General de la República. En esa dirección, el legislador no está habilitado por el Derecho de la Constitución -valores, principios y normas- en el ejercicio de la potestad de legislar, a suprimir, modificar y, fundamentalmente, imponerle cómo se deben ejercer las atribuciones constitucionales el órgano contralor, de ahí que estamos frente a una materia sustraída de la potestad de legislar. Tampoco estaría habilitado el Soberano. El cómo se ejercen las competencias constitucionales es un asunto de exclusivo resorte del órgano que las posee, de ahí que es una materia vedada al legislador. Lo que sí está autorizado el legislador, y en vista de que por razones de técnica constitucional las normas constitucionales regulan la esencia de las competencias del órgano, su núcleo duro, es a desarrollar o regular el ejercicio de las atribuciones constitucionales; es lo que se denomina en otras latitudes como leyes orgánicas que tienen un procedimiento y mayoría calificada, no así en nuestro medio, en la que no se contempla este instituto constitucional. Fuera de este ámbito, el legislador no está autorizado a suprimirle potestades al órgano que posee la competencia constitucional, de forma tal que se afecta su ejercicio.

VIII.- NOTA DEL MAGISTRADO ARAYA GARCÍA.- El suscrito Magistrado, coincido con el criterio de la Sala planteado en esta sentencia, en el sentido de que el proyecto de ley que se tramita bajo el expediente legislativo número 24.364 -sobre el cual se ha solicitado al Tribunal Supremo de Elecciones autorización para recolectar firmas a efectos de someterlo a referéndum-, es, ajustándose a los motivos de consulta planteados por el Tribunal, contrario a las previsiones constitucionales respecto de las potestades reconocidas y otorgadas a la Contraloría General de la República, por las razones ampliamente expuestas en el texto de la sentencia. No obstante, es criterio del suscrito que resulta conveniente profundizar en algunos aspectos sobre la generalidad de la propuesta en que se engloba el proyecto de ley consultado, como se indica a continuación.

El referido proyecto de ley fue presentado ante la Asamblea Legislativa por parte del Poder Ejecutivo, partiendo de la premisa de que debe acudir al pueblo costarricense, para que sea el pueblo quien decida sobre «asuntos de orden público que inciden directamente en la posibilidad del Gobierno (...) para desarrollar obras de infraestructura fundamentales», y menciona un par de esas obras que resultan de interés gubernativo, por lo cual, el proyecto en sí parece estar dirigido a fomentar esos proyectos concretos. Para ello, continúa diciendo el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos del proyecto de ley, que es importante que el pueblo «tome la decisión de reformar para aclarar y fortalecer las leyes necesarias para permitir tanto el desarrollo de obras como las dichas, así como que se cumpla con lo que establece el artículo 11 de la Constitución Política».

Partiendo de lo anterior, afirma el Poder Ejecutivo, que las reformas que se plantean en dicho proyecto «tienen el sano propósito tanto de mejorar las capacidades de nuestro país para desarrollar proyectos de infraestructura pública fundamentales, así como de fortalecer las competencias de fiscalización y control sobre la Hacienda Pública», y enfatiza que las reformas legales que propone lo son con el objetivo de «mejorar la finalidad del ordenamiento de control y fiscalización superiores, para que se enfoque en garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de los fondos públicos», para culminar señalando que tales reformas «están enfocadas a fortalecer el ejercicio de fiscalización y control y a precisar el uso de figuras previstas en nuestro ordenamiento jurídico».

De tal manera, se observa con meridiana claridad, que si bien el proyecto de ley aduce plantear una reforma para favorecer el desarrollo de infraestructura, mejorando y fortaleciendo a la vez las instancias de control y fiscalización de la hacienda pública, la propuesta de ley termina centrándose básicamente en reformar la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en los términos ya señalados en esta sentencia, y que terminan siendo propuestas contrarias al Derecho de la Constitución, que, en términos reales, distan de configurar un fortalecimiento como el pretendido, sino un debilitamiento de las facultades de fiscalización previstas por el constituyente y desarrolladas por el legislador en aplicación de aquel mandato constitucional.

En este sentido, debe tenerse presente el consabido principio de conexidad, el cual, si bien refiere a que el proyecto de ley que finalmente se apruebe debe corresponderse y guardar relación directa con la iniciativa presentada, y a sabiendas que en este caso aún no se está ante la aprobación de la ley o de acto legislativo alguno, sino aún solamente en el marco del propio proyecto de ley, sí debe tenerse en consideración que este principio de conexidad tiene una estrecha relación con el principio de coherencia en la formulación legislativa, en la medida que el texto sometido a conocimiento del pueblo -sea a través de los mecanismos de democracia participativa directa, o bien, a través de los procedimientos parlamentarios ordinarios-, debe corresponderse con lo pretendido.

Es por lo anterior, que si la intención del Poder Ejecutivo es fomentar el desarrollo de infraestructura en general, y, al mismo tiempo, fortalecer la fiscalización y el control de la hacienda pública, el texto propuesto y sometido a consulta, dista de ser coherente con los

motivos expuestos por su proponente, de donde resulta también una vulneración constitucional del referido principio de coherencia y su incidencia en el principio de conexidad.

En efecto, y sin necesidad de reiterar lo ya señalado profusamente en la sentencia, nótese que del andamiaje constitucional y legal sobre las funciones de control de la hacienda pública que ejerce la Contraloría General de la República, están ampliamente reconocidas y validadas sus potestades de control anterior, posterior y concomitante, todo lo cual implica necesariamente un control de legalidad, pero más aún, un control de eficiencia, el cual parte, precisamente de verificar inicialmente la legalidad de las actuaciones. Por eso, si desde el inicio de la proposición de reformas legislativas, el proyecto de ley plantea que el nuevo texto del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se centre en que una de sus potestades es garantizar la eficiencia, pero ya no la legalidad, de los controles internos, se evidencia ahí una afectación a los ampliamente reconocidos controles que debe realizar la Contraloría. Al mismo tiempo, la reforma del artículo 17 de la misma ley, se dirige a eliminar la posibilidad de que el ente contralor realice prevenciones y dicte órdenes que son propias del proceso de fiscalización, mientras que la propuesta del artículo 22, restringe aún más la actuación de la Contraloría, al impedirle adoptar medidas urgentes.

Así, es claro, entonces, que tales propuestas no sólo resultan contrarias al Derecho de la Constitución en los términos expuestos en la sentencia, sino que, además, son diametralmente contrarias a las intenciones que el Poder Ejecutivo manifiesta en la exposición de motivos, pues lejos de «fortalecer», en realidad, lo que se estaría generando, es un debilitamiento de las potestades de la Contraloría General de la República, de una manera que roza, según lo dicho, con el referido principio de coherencia.

Esto se enfatiza aún más, cuando la propuesta de reforma al artículo 12 de la ley orgánica del ente contralor, más que fortalecer las potestades contraloras, se dedica a señalar actuaciones que no debería realizar la Contraloría, lo que es muestra clara de un afán de constricción que no se aviene nada bien con la fundamentación que el Poder Ejecutivo pretende manifestar en su exposición de motivos.

Por otra parte, es cierto que el proyecto de ley en sí, también propone alguna reforma a la Ley General de Control Interno, la Ley General de Contratación Pública y la Ley Orgánica de JAPDEVA, propuestas que no son consultadas por el Tribunal Supremo de Elecciones, pero que se evidencia que las dos últimas se encuentran claramente dirigidas a los proyectos de infraestructura mencionados por el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos, mientras que la primera, como bien se indica, es una «reforma puntual», pero «para mejorar la comprensión de las competencias tanto de la Contraloría General de la República, la auditoría interna, la auditoría externa y las demás instituciones de control y fiscalización y la administración activa»; es decir, centrando nuevamente las propuestas, básicamente, en el ente contralor.

Es por todo ello, que se evidencia que el proyecto de ley en sí, se enfoca, esencialmente, en atender las competencias de la Contraloría General de la República, pero de una manera que, contrario a lo dicho en la exposición de motivos del proyecto, lejos del fortalecimiento del control de la hacienda pública, generan un debilitamiento del sistema. De ahí, que igualmente resulte contrariado el principio de coherencia.

Asimismo, es importante señalar que la falta de correspondencia entre los motivos del proyecto y las propuestas de reforma concretas, va más allá de esa discordancia entre lo que se dice ser un fortalecimiento del control de la hacienda pública, pero que termina siendo lo contrario. Esa disonancia se evidencia también en cuanto a la premisa principal del proyecto de ley, cual es propiciar el desarrollo de obras de infraestructura esenciales para el país, o, en palabras de la misma exposición de motivos, «mejorar las capacidades de nuestro país para desarrollar proyectos de infraestructura pública fundamentales».

Sin embargo, partiendo del análisis realizado respecto de las modificaciones de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el proyecto de ley termina enfocándose, según se aprecia en la sentencia, en limitar y disminuir las potestades de control y fiscalización a cargo del ente contralor, más que en fomentar por sí mismo el desarrollo de infraestructura esencial para el país como tal.

Sin adentrarse en las valoraciones propias de los proponentes del proyecto de ley, parece entenderse que dicho enfoque parte de una apreciación sesgada de la realidad jurídico-institucional del país, pues ante las reformas legislativas que plantea, se vislumbra que la valoración que se realiza va en el sentido de que ajustando las competencias de la Contraloría General de la República, se fomenta el desarrollo de las obras de infraestructura, configurándose así una falacia de atinencia, porque una situación no conduce clara ni directamente a la otra, pues, según lo explicado en la sentencia, lo que se estaría produciendo solamente es el debilitamiento del sistema contralor.

Una visión más comprehensiva del ordenamiento jurídico nacional, evidencia tres aspectos de vital importancia en cuanto a lo expuesto. En primer lugar, que la afectación negativa de las potestades que la Constitución y la Ley Orgánica de la Contraloría otorgan a dicho ente contralor, dista de incidir por sí y de manera directa, en el fomento y agilización de las obras de infraestructura, sino que, solamente, afectan el nivel y el margen del control que debe ejercer la institución. En segundo lugar, que las competencias -no necesariamente las potestades de fiscalización- otorgadas a la Contraloría, devienen no sólo de su propia legislación, sino de otras normas relacionadas, que le imponen a la Contraloría actuaciones concretas respecto de otras instituciones y proyectos en sí; es decir, que el nivel competencial propio de la Contraloría, viene dado también por legislación concomitante. Asimismo, en tercer lugar, y como derivación del último aspecto mencionado, que para los fines pretendidos por el proyecto de ley según su propia exposición de motivos, resulta necesario valorar la incidencia que otra normativa concreta tiene no sólo sobre el marco competencial de la Contraloría, sino, ahora sí, en el desarrollo de las obras de infraestructura que se consideren como esenciales. Si bien, reitero, el proyecto aborda con limitaciones las referidas Ley General de Control Interno, la Ley General de Contratación Pública y la Ley Orgánica de JAPDEVA, lo cierto es que existe una amplia normativa que sí se encuentra directamente relacionada con la finalidad buscada respecto de las obras de infraestructura, y más allá de las aproximaciones que sobre esas otras leyes plantea el proyecto. Considérese, a modo de ejemplo, no sólo lo señalado en la Ley de Contratación Pública, sino también en las normas que la reglamentan; o bien, lo contemplado en la Ley de Concesión de Obra

Pública, e, incluso, la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, y sus respectivas reglamentaciones.

De conformidad con lo dicho, el enfoque planteado por el proyecto de ley en su exposición de motivos, dista de ser congruente con los textos de reforma legal propuestos, al mismo tiempo que tales reformas planteadas, al estar básicamente dirigidas a la afectación negativa de las potestades del ente contralor, resultan siendo inconsecuentes ante la finalidad de agilización de los proyectos de infraestructura.

En definitiva, es criterio del suscrito que el proyecto que se tramita bajo el número de expediente legislativo 24.364, resulta contrario al principio de coherencia y congruencia normativa, por carecer de atinencia y relación entre la motivación y las propuestas de reforma legal propuestas.

IX.- NOTA DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL.

1 En la especie, ciertamente, el Tribunal Supremo de Elecciones está legitimado para interponer esta consulta facultativa de constitucionalidad, lo que no implica que esté adelantando criterio sobre la plausibilidad jurídica o no acerca de la legitimación de otras dependencias o jerarcas a la luz del contenido normativo del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional con motivo de un referéndum de iniciativa ciudadana.

2 Desde mi perspectiva, resulta jurídicamente improcedente pretender que el mandato del numeral 183 constitucional asignado a la Contraloría General de la República, como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pueda ser cumplido con efectividad y de modo pleno ideando un tratamiento diferente entre legalidad y eficiencia, controles internos y manejo de fondos públicos. Todos estos elementos conforman una indisoluble unidad protectora de la Hacienda Pública, por lo que la supresión de cualesquiera de ellos deviene inconstitucional.

3 Es una verdad de Perogrullo que los verbos "sustituir" y "abarcar" no son *per se* inconstitucionales, en la medida que la Contraloría General de la República no es administración activa y, por ende, esas funciones competen más bien a la última. Ahora, la inconstitucionalidad radica no solo en el resto del listado de verbos consignados en el ordinal 12 propuesto, sino también en la supresión del texto vigente, que a la institución contralora le asigna el rango de "órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores".

X.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE . - Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión nro. 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

Por tanto:

Se evacúa la consulta de constitucionalidad del proyecto de ley que se tramita en el expediente legislativo n.º 24.364, denominado "Ley Jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica", en el siguiente sentido:

a.-) Por mayoría, el artículo 2 resulta inconstitucional en su totalidad. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y declaran inconstitucional la norma solo respecto de la supresión de la competencia de garantizar la eficiencia en el manejo de los fondos públicos.

b.-) Por mayoría, el artículo 3 resulta inconstitucional, salvo respecto de los verbos "sustituir" y "abarcar", en el tanto la Contraloría General de la República no ejerce funciones de Administración activa. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y acotan tal inconstitucionalidad únicamente respecto del ejercicio del control de legalidad y eficiencia de los fondos públicos.

c.-) Por unanimidad, el artículo 4 resulta inconstitucional. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas consignan razones diferentes.

d.-) Por mayoría, el artículo 5 resulta inconstitucional en su totalidad. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y acotan tal inconstitucionalidad únicamente a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y contratos directamente vinculados al manejo de los fondos públicos.

e.-) Los magistrados Castillo Víquez, Rueda Leal y Salazar Alvarado consignan nota conjunta.

f.-) Los magistrados Castillo Víquez, Rueda Leal, Salazar Alvarado, Araya García y la magistrada Garro Vargas consignan notas separadas.

Notifíquese esta resolución al Tribunal Supremo de Elecciones.-

Fernando Castillo V.

Presidente

Paul Rueda L.

Luis Fdo. Salazar A.

Jorge Araya G.

Anamari Garro V.

Ingrid Hess H.

Alexandra Alvarado P.

Exp. 24-017291-000-CO

Res. 2024-021375

**VOTO SALVADO PARCIAL Y RAZONES DIFERENTES
DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ, SALAZAR ALVARADO
Y LA MAGISTRADA GARRO VARGAS**

Con el respeto acostumbrado salvamos parcialmente sobre la base de la siguiente argumentación

I.- Consideraciones preliminares

(Redacta la magistrada Garro Vargas)

En primer término, es preciso recordar que en los procesos de control de constitucionalidad no se hace un examen de conveniencia y oportunidad, sino un análisis jurídico y, además, este es de constitucionalidad. Por eso, tampoco procede pronunciarnos sobre el actual marco normativo legal que rige a la Contraloría General de la República (CGR) ni ponerlo como parámetro.

Lo que se nos somete a la consideración es un proyecto de ley y el punto de referencia para determinar su constitucionalidad está integrado por los siguientes artículos:

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

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos.

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

*1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los **presupuestos** ordinarios y extraordinarios de la República;*

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

*2) Examinar, aprobar o improbar los **presupuestos** de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;*

*3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el **mejor manejo de los fondos públicos**;*

*4) Examinar, glosar y fenecer las **cuentas** de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;*

5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

(El destacado no es del original).

Como puede observarse, en el art. 183 se crea la CGR, se establece su competencia –vigilar la Hacienda Pública–, su situación orgánica –órgano auxiliar dependiente de la Asamblea Legislativa–, sus prerrogativas –absoluta independencia funcional y administrativa– y lo relativo a sus jerarcas. En el art. 184 se señalan los deberes y atribuciones, haciendo un elenco con carácter abierto, pues en el último inciso se dice: “5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen”.

Sobre la base de este último inciso, a lo largo de los años, la CGR ha recibido nuevas atribuciones por parte del legislador.

Para determinar el genuino sentido de esas dos normas, es preciso traer a colación las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, porque son muy reveladoras sobre cuál era la intención de los constituyentes al crear este órgano.

Al referirse al dictamen de mayoría, dice el representante Facio Brenes:

“Arts. 200 a 214, sobre régimen presupuestario y de contraloría general financiera.

*Si esto pasa, esto significaría quitarle al Presidente o, mejor dicho, racionalizar la **actuación financiera** del Ejecutivo. **No se trata de nada nuevo**: desde 1924 teníamos ya en la Carta del 71, el mal llamado Centro de Control, pero ahora incorporamos la tesis de contralor del presupuesto y de las finanzas públicas en forma integral a la Constitución. (...) La Comisión sí se basó para confeccionar estos capítulos, tanto en el reporte del señor Ketich, el técnico americano traído aquí por Calderón, como en el anteproyecto elaborado por altos funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados especializados en la materia, y finalmente en las propias leyes orgánicas de Presupuesto No. 199 de 6 de setiembre de 1945, y Orgánica del Centro de Control No. 200 de la misma fecha, que entiendo fueron emitidas con base en el reporte de los señores ex-Ministros de Hacienda de la República^[1]. (El destacado no es del original).*

Adviértase que se hace referencia a la Contraloría en el capítulo “sobre régimen presupuestario y de contraloría general financiera” y dice que la propuesta –ese dictamen de mayoría– se nutre –entre otros– de la Ley del Centro de Control de 1945. De hecho, su art. 1 parece haber tenido una importante carga inspiradora para el constituyente:

*Art. 1º.- Se reorganiza el Centro de Control de la República que estatuye el inciso 11 del art. 82 de la Constitución Política, al que compete, aparte de las demás funciones que las leyes le encomienden, **inspeccionar y vigilar la recaudación de impuestos y el pago de otras obligaciones a favor del Estado, la custodia de los bienes públicos y la correcta ejecución del Presupuesto Nacional.***

*Ejercerá con absoluta independencia de los demás Poderes las atribuciones de esta ley, como **delegado auxiliar del Poder Legislativo.***

Este Centro refunde el Tribunal de Cuentas. Llevará una contabilidad de contraste relativa a todos los centros de actuación oficial enlazada con fondos públicos, aparte de las cuentas que a su propio desempeño corresponden. (El destacado no es del original).

Y ese art. 82.11 de la Constitución Política de 1871 establecía:

*Art. 82.- Son atribuciones exclusivas **del Congreso**: (...)*

*11.- Fijar los gastos ordinarios de la Administración Pública para el año siguiente, y los extraordinarios cuando sea el caso. **Velar porque esos gastos se ajusten a dicha fijación y cuidar de la debida y oportuna entrada y salida de los ingresos y egresos del Tesoro Público. Para el cumplimiento de dichos fines existirá un Centro de Control, sin cuya intervención no se harán pagos por la Tesorería Nacional y el cual vigilará, debidamente, la percepción de las rentas nacionales, y demás entradas y salidas de la República.** El Jefe de ese Centro y su respectivo suplente, serán de nombramiento del Poder Legislativo, y no podrá desempeñar, al mismo tiempo, ningún otro destino público. El Congreso examinará cada año los informes que deben presentarle los Secretarios de Estado y el Jefe de la Oficina de Control. (Así reformado por ley Nº 6 de 26 de mayo de 1924). (El destacado no es del original).*

Es palmario que esa oficina tenía como campo de acción la Hacienda Pública. Pero, si aún quedara alguna duda, vale la pena referirse a otra de las fuentes de las que se nutría ese dictamen: el reporte del señor Ketich. En un acta posterior se explica su origen y sus recomendaciones.

Sobre el origen, este pasaje dice lo siguiente:

*“...la Cámara de 1924 propuso la reforma constitucional del caso, creándose **el llamado Centro de Control, encargado de la vigilancia y buena inversión de los fondos públicos.** Desgraciadamente tampoco esta medida dio los resultados esperados y **la Hacienda Pública continuó dando tumbos** en algunas administraciones, hasta llegar al desastre fiscal. En esas condiciones, se vio la necesidad de dictar medidas más drásticas en relación con la **Hacienda Pública.** Se solicitó la colaboración del Departamento de Estado de los Estados Unidos, quien envió a Costa Rica, a uno de sus técnicos. El técnico norteamericano trabajó en Costa Rica por espacio de algunos meses, al final de los cuales entregó su informe al Gobierno de la República^[2]. (El destacado no es del original).*

Entonces, el informe pretendía reordenar el tejido normativo e institucional relativo a la Hacienda Pública. Y las propias actas recogen sintéticamente las recomendaciones de este reporte:

*“El técnico norteamericano aconsejaba en su informe cuatro puntos fundamentales: 1) creación de la **Oficina de Presupuesto**; 2) **la Contraloría, dependiente del Poder Legislativo, con amplias facultades para actuar dentro de las reglas de su respectiva Ley Orgánica.** Al jefe de esa oficina se le dio una inamovilidad por un período largo, de ocho años, para evitar que fuera removido por razones políticas; 3) **Tesorería Nacional,** oficina principalísima a la cual se le concretó la función de hacer los pagos de gobierno exclusivamente, para acabar con ese mal de varias dependencias oficiales dedicadas al mismo fin. El Tesorero Nacional, de nombramiento del Ejecutivo, y finalmente, **la Proveeduría Nacional,** a fin de que exista un centro proveedor que, cuando en todos aquellos casos que fuere posible el sistema de licitaciones públicas, compre lo que realmente necesita el Gobierno. Esos puntos fueron los que indicaron los técnicos^[3]. (El destacado no es del original).*

Es decir, la Contraloría estaba concebida por el constituyente como una institución entre la constelación de aquellas referentes a la Hacienda Pública. Por cierto, al referirse a las atribuciones hubo una cierta discusión en materia de aprobación de presupuestos^[4], pero nadie objeta la frase recogida hoy en el art. 184.1: “Son atribuciones de la Contraloría: a) ...**ni constituirá obligación para el Estado, la que no haya sido refrendada por ella**”^[5]. Claro que el constituyente no podía prever ni la magnitud del sector público ni el volumen de la contratación administrativa. Pero, de la lectura de la norma y de las actas, es difícil deducir que el constituyente pensara otra cosa que no fuera un refrendo ejercido directa y universalmente por la propia Contraloría, siendo que su labor estaba concentrada la fiscalización de la Hacienda Pública. Como indicio de ello, viene muy a propósito leer la frase anterior a la recién transcrita. Ese mismo art. 184.1 en su totalidad dice:

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

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella. (El destacado no es del original).

Si el Constituyente pensó que toda orden de pago requería el visado contralor, cabe válidamente interpretar que una obligación asumida por el Estado adquiriría eficacia hasta tanto recibiera el refrendo contralor.

En resumen, no queda la menor duda de que lo que se tenía en mente era un órgano que estuviera focalizado en asuntos contables, financieros y el refrendo, concretamente en la vigilancia de la Hacienda Pública, no en la gestión administrativa. Tal conclusión ilumina todo lo que diremos más adelante. Por cierto, reiteramos que no es nuestro propósito señalar si el actual marco normativo, que claramente va más allá de ese núcleo indisponible para el legislador, es o no conveniente.

Teniendo en cuenta el marco de referencia básico –la propia Constitución y las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente–, procede analizar dos aspectos de gran relieve: la jurisprudencia de esta Sala invocada por la mayoría para sustentar su posición y el origen de las atribuciones relativas al control de legalidad y eficiencia sobre el control interno que realiza la administración activa. También haremos una alusión a otros proyectos de ley relativos a la CGR. Solo después nos pronunciaremos brevemente a los artículos consultados. Por último, consignaremos unas consideraciones finales.

II.- Sobre la jurisprudencia de la Sala Constitucional relativa a la CGR

(Redacta la magistrada Garro Vargas)

En este apartado se analizará la jurisprudencia invocada por la mayoría de la Sala en la presente consulta. Se procurará comentar cada una de esas resoluciones en orden cronológico y atendiendo al contexto en el que fueron dictadas. Esto último con el fin de dar elementos para una mejor aplicación de esta jurisprudencia al asunto que aquí está bajo examen.

Luego se hará un balance y finalmente determinarán las coincidencias y diferencias entre la posición de la mayoría y de esta minoría sobre el contenido de esos hitos jurisprudenciales.

A.- Jurisprudencia constitucional invocada por la mayoría

Como dispone el art. 183 ya citado, la CGR es el órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, con absoluta independencia funcional y administrativa, designado para la “vigilancia de la Hacienda Pública”. Por ello, la jurisprudencia de la Sala ha ido en consonancia con ese postulado constitucional.

Resoluciones en el contexto de la anterior LOCGR

En la sentencia **n.º1991-2398** afirmó que “corresponde a la Contraloría General, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a los procedimientos de contratación administrativa”. Esto lo dijo en el marco de la investigación sobre la regularidad de una contratación administrativa, llevada a cabo por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA). En similar sentido, cuando la Sala conoció de la constitucionalidad del art. 133 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, se refirió a la posibilidad de revisar libros de contabilidad y sus anexos, aclarando que en el caso de la CGR lo era “para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos” (sentencia **n.º1992-660**). En la opinión consultiva **n.º1992-2864**, haciendo alusión a un “Contrato de Préstamo número 3414-CR, entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Gobierno de Costa Rica”, afirmó por primera vez que “el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a duda, un asunto de orden público”.

La opinión consultiva sobre la LOCGR de 1994

La mayoría de la Sala también cita la sentencia **n.º1998-0998**, cuando en realidad la resolución originaria es la **n.º1994-2430**, en la que se afirmó que “la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos una función de fiscalización superior, jurídica y financiera”. Esta opinión consultiva fue emitida con ocasión de la aprobación de la LOCGR y el énfasis está justamente en la protección de los fondos públicos y el empoderamiento de la CGR en el ejercicio de dicha competencia constitucional. La resolución en lo conducente dice:

*“Por principio general las potestades públicas son un poder deber, lo que sin duda implica que la institución que tiene una determinada potestad en materia de su competencia, no sólo puede sino que debe ejercerla. Los incisos del artículo que se consulta no transgreden la Constitución Política; **en efecto, en materia de su competencia la Contraloría General de la República está obligada a actuar siempre, para fiscalizar todo lo concerniente a la Hacienda Pública** (artículo 183 constitucional). El artículo 184 id. le otorga “deberes” y “atribuciones” y no una facultad discrecional para actuar en el campo de su incumbencia. A juicio de la Sala el artículo 4 no modifica la potestad genérica de control y por ello debe entenderse que la norma lo que señala, es que en los casos que contemplan, los sujetos pasivos podrán ser objeto de fiscalización o auditoraje selectivo, para comprobar que se haya dado uso legítimo y correcto a los fondos públicos. (...)*

Señalan los consultantes, que el inciso 1) del artículo 20 del Proyecto de Ley en cuestión, pareciera dar una orden imperativa a la Contraloría para "aprobar" actos o contratos que celebre el Estado, lo que de interpretarse de esa manera podría lesionar el artículo 183 párrafo primero de la Constitución Política, que le otorga amplias potestades a esa institución para "examinar y resolver" en relación con los actos y contratos que llegan a su conocimiento. **De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple "aprobación", puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales.** No escapa a la Sala, que la aprobación, como ejercicio del control "a posteriori" que se ejerce como requisito de eficacia de los actos administrativos, lleva implícita la facultad de revisar el acto o contrato sometido a conocimiento del ente de que se trate y por ello el término involucra, también, que el acto sometido a control puede no ser aprobado, por no conformarse sustancialmente con el ordenamiento jurídico (artículos 128 y 145 de la Ley General de la Administración Pública). De lo anterior se deduce que la norma no resulta inconstitucional. Sin embargo, **como la utilización e interpretación literal y gramatical del vocablo, podría presentar problemas como el que señala la consulta, lo que evidentemente resultaría en una lesión a la competencia genérica de la institución, aunque la norma según lo dicho no sea contraria a la Constitución Política, parece aconsejable adecuar la redacción de esta norma a la terminología del texto del artículo 184.2 constitucional, que utiliza para estos casos las voces de "examinar, aprobar o improbar"**. (El destacado no es del original).

El pasaje resaltado al inicio del texto anterior confirma que, según las líneas jurisprudenciales de este Tribunal, la CGR está obligada a actuar siempre para fiscalizar todo lo concerniente a la Hacienda Pública, siendo esa su competencia constitucional indeclinable. Lo que se encuentra destacado sucesivamente se refiere a una posible presunción de que la intervención de la CGR sea una mera actuación automática de aprobación de actos y contratos administrativos, por lo que la Sala hizo énfasis en que la fiscalización de ese órgano no puede "verse limitada a una actuación automática de simple 'aprobación', puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales". En ese contexto se entienden las afirmaciones de la Sala, en el sentido de que la fiscalización debe ser estricta, jurídica y financiera, no como una mera formalidad o una actuación mecánica. Todo con el fin de que el control de los fondos públicos se realice de la forma más apropiada y garantista posible, en beneficio del interés general. Como se puede observar, lo que se busca es fortalecer a la CGR en el ejercicio de su competencia constitucional.

La potestad sancionatoria de la CGR y la Ley de Administración Financiera

En repetidas ocasiones la mayoría cita la sentencia **n.º1994-3607**, pero le atribuye en algunos apartados contenidos que en realidad no están insertos en esa sentencia, por lo que conviene citarla en lo conducente. Se dictó para resolver una acción de inconstitucionalidad en la que se impugnaron los arts. 6 y 115 de la Ley de Administración Financiera de 1951 –que ya no está vigente–, en cuanto autorizaban a la CGR para que en sede administrativa sancionara a empleados o funcionarios del Estado encargados de recibir, custodiar o pagar bienes o valores del Estado. Las normas impugnadas decían lo siguiente:

*Art. 6. Todo funcionario, empleado o agente del Gobierno, encargado de recibir, custodiar o pagar **bienes o valores del Estado** o cuyas atribuciones permitan o exijan su tenencia, será responsable de ellos y de **cualquier pérdida, daño, abuso, empleo o pago ilegal** que sea o sean imputables a su dolo, culpa o negligencia; como empleo ilegal se considerará, además de otros, **el manejo de los bienes o valores en forma distinta a la prescrita por las leyes, reglamentos o disposiciones superiores; incurrirá en igual responsabilidad quien permita a otra persona manejar o usar los bienes públicos en forma indebida.** En estos casos procederá la destitución del responsable sin perjuicio de la sanción judicial correspondiente.*

Cuando la Contraloría General de la República llegare a determinar que existe causa de responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en éste o los siguientes artículos, ese organismo tendrá plena autoridad para ordenar administrativamente la suspensión o destitución, según proceda, así como para promover las acciones legales que correspondan, de conformidad con la legislación común, planteando al efecto las respectivas denuncias ante el Ministerio Público y la Procuraduría General de la República; (...).

Art. 115. La Contraloría General de la República vigilará el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley. Deberá hacer las advertencias que estime pertinentes y ejercer, directamente o por medio de la Procuraduría General de la República, las acciones que procedan en contra de quienes la infrinjan o en cualquier forma atenten contra los intereses económicos del Estado, tanto para su punición como para el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados.

*Sin perjuicio de lo anterior, respecto de los empleados o funcionarios del Estado responsables de infracción a esta ley o de **perjudicar los intereses económicos de la Administración** a la cual sirven, la Contraloría General de la República requerirá a los superiores jerárquicos para ello autorizados, la aplicación de las sanciones administrativas que corresponden, lo cual estarán obligados a cumplir dentro de los plazos que al efecto señale el órgano contralor. (El destacado no es del original).*

Como puede observarse, ambas disposiciones tienen directa relación con el resguardo de la Hacienda Pública.

En lo que interesa, la sentencia dice lo siguiente:

"II. Cuestiona el accionante, las "amplias facultades" que la ley otorga a la Contraloría General de la República, como órgano encargado de la investigación para determinar la existencia de responsabilidades de los funcionarios encargados de recibir, custodiar, administrar o pagar bienes o valores del Estado, ante el incorrecto uso de los fondos públicos. En este sentido, olvida el petente que el artículo 183 de la Constitución Política dispone que: "La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores."

Nótese que las facultades cuestionadas se otorgan al órgano constitucional creado para el control y fiscalización de la hacienda pública, y las funciones que le encomienda la Ley de la Administración Financiera vienen a desarrollar el presupuesto constitucional, razón por la que la fiscalización e investigación de los funcionarios públicos "que reciben, custodian, pagan o administran bienes o valores del Estado", no está más allá de las funciones encomendadas a este órgano, más bien responden al interés del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas.

III. En cuanto a las prerrogativas otorgadas a la Contraloría, alega el accionante que exceden del ámbito de las funciones propias de ese órgano, y que invaden las funciones propias de las autoridades jurisdiccionales, por considerar que en sede administrativa, sin previa oportunidad de defensa, e imperando sólo el criterio de ésta, se sancione a funcionarios públicos, atribuyéndoles delitos y juzgándolos con penas, en clara violación del debido proceso -artículos 39 y 41 de la Constitución Política-. Nada más alejado de la realidad, toda vez que lo que **la ley encomienda a la Contraloría es la de fiscalización del cumplimiento de la Ley de la Administración Financiera, lo que conlleva al control de los funcionarios públicos que manejan fondos públicos, constituyendo la labor de investigación una consecuencia lógica de la misma, y que se llevará a cabo cuando exista mal uso de los bienes o valores del Estado.** En caso de que se determine que existe causa de responsabilidad, de conformidad con alguno de los supuestos del artículo 6 -impugnado- o siguientes de la Ley de la Administración Financiera de la República, se le otorga "plena autoridad para ordenar administrativamente la suspensión o destitución", según proceda, asimismo, tendrá competencia para "promover las acciones legales que corresponda, de conformidad con la legislación común, planteando al efecto las respectivas denuncias ante el Ministerio Público y la Procuraduría General de la República"; razón por la que se observa **que la Contraloría no está juzgando ni atribuyendo delitos a los funcionarios del Estado, como lo afirma el accionante.** Así, la destitución o suspensión ordenada por la Contraloría en estos supuestos no es una sanción penal, sino una sanción administrativa, es decir, dictada por un ente administrativo y no por una autoridad jurisdiccional, y que responde a la conducta personal del funcionario, a modo de sanción disciplinaria, en los términos del artículo 99 de la Ley General de la Administración Pública y 51 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Cabe advertir que el funcionario puede ser sancionado, tanto en la vía administrativa, como en la penal, como lo ha indicado en reiteradas ocasiones esta Sala". (El destacado no es del original).

En dicha resolución se determinó que las normas impugnadas –relativas a la investigación por eventual responsabilidad en el manejo de los fondos o bienes públicos y a la aplicación de sanciones por los posibles perjuicios causados respecto de la custodia de aquellos– no eran inconstitucionales, pues eran concordantes con la competencia encomendada a la CGR de fiscalización de la Hacienda Pública.

La potestad sancionatoria de funcionarios de instituciones autónomas

La mayoría también invoca la sentencia **n.º1995-016**, que versa sobre las normas legales que atribuyen la posibilidad de la CGR de intervenir en la imposición de eventuales sanciones al personal administrativo de instituciones autónomas, concretamente de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Ahí la Sala volvió a enfatizar que la finalidad de esa intervención es controlar la "legalidad financiera de las actuaciones de un funcionario", y estimó su estricta relación con "la central tarea que el Constituyente le encargó: 'auxiliar a la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública'". En dicha sentencia se realizaron las siguientes consideraciones:

"No hacemos frente a un atentado a la autonomía administrativa de las instituciones autónomas porque la relación aquí objetada entre la Contraloría General de la República y éstas no corre entre administraciones activas, una de las cuales se inmiscuiría inconstitucionalmente en un ámbito propio de la otra. **La Contraloría es administración no activa, fiscalizadora o vigilante.** La interpretación del accionante, compartida en parte por la Procuraduría General de la República, parte de una premisa débil: asume que la autonomía administrativa es incompatible con órdenes en materia de personal como si entre la institución autónoma cuyo funcionario ha sido investigado y la Contraloría se estuviera estableciendo una relación de jerarquía, cuando **lo que hay es un control de legalidad financiera de las actuaciones de un funcionario**, una actividad materialmente jurisdiccional. Por lo demás, después de señalar algunos cometidos de la Contraloría General de la República la Constitución Política nos remite a los deberes y atribuciones que "las leyes le asignen" (artículo 184, inciso 5). Junto a la lista de competencias del artículo 184, el análisis de atribuciones constitucionales de la Contraloría no puede dejar de lado la central tarea que el Constituyente le encargó: "auxiliar a la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública" (artículo 183). **Quedaría menguada la efectividad de esta disposición constitucional con relación al vasto mundo de las instituciones autónomas si se interpretara que el ordenamiento está inhibido de habilitar a la Contraloría para investigar malos manejos de fondos en esas institucionales y eventualmente exigir la sanción del responsable** (artículos 115 de la Ley de Administración Financiera de la República y 273 del Reglamento de la Contratación Administrativa). Por último, acierta la Contraloría cuando sostiene que estas potestades no son disciplinarias en estricto sentido -limitadas a la relación de servicio- sino inseparables de la fiscalización de la ejecución de los presupuestos nacionales y de las instituciones autónomas". (El destacado no es del original).

La fiscalización de presupuestos de empresas públicas

En la sentencia **n.º1995-2632**, también citada por la mayoría, se rechazó la admisibilidad de una acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuesto de 1982 y los arts. 66, 67 y 70 de la Ley de la Administración Financiera de la República. En esa acción se cuestionó la posibilidad de la CGR de fiscalizar el presupuesto de empresas públicas como RACSA. Las normas impugnadas establecían la obligación de presentar anualmente los presupuestos ante el órgano contralor. La Sala estimó que la acción no era medio razonable, puesto que, aunque se declarara la alegada inconstitucionalidad de las normas legales, permanecía la competencia constitucional de la CGR en lo relativo a la protección de la Hacienda Pública y, concretamente, en temas de presupuestos públicos:

"[E]sta acción no constituye medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionados en el asunto principal, por cuanto **la potestad cuestionada de la Contraloría General de la República de controlar la hacienda pública, y en concreto a las empresas públicas, subsistiría aun declarándose la inconstitucionalidad de la norma impugnada**, por cuanto la misma le viene encomendada, en primer término, por disposición constitucional -artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y en segundo término, por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (...); por lo cual, la pretensión de RACSA no se vería protegida, y la declaratoria de inconstitucionalidad que se solicita no tendría el efecto de permitir a la empresa accionante la libre disposición de los recursos públicos y así evitar la supervisión de la Contraloría, al subsistir las atribuciones de esta institución, y ninguna variación se produciría en relación con el manejo de los fondos públicos

administrados por dicha empresa”. (El destacado no es del original).

Es decir, advirtió que aun en el caso de que no existiera la disposición legal, la atribución constitucional se mantiene, porque se deriva directamente del citado art. 184: “Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación”.

La distinción entre atribuciones legales y constitucionales de la CGR

De otra parte, la mayoría de la Sala alude en varias ocasiones a la sentencia n.º1995-5119; no obstante, el número correcto es n.º1995-5120. Esta sentencia es particularmente relevante, tanto por su objeto –pues examinó el art. 156.3 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), que prevé la posibilidad de revocar actos desfavorables al administrado, aunque estén firmes, previo el dictamen de la CGR–, como por las afirmaciones que contiene.

El accionante cuestionó que esa intervención por parte del órgano contralor era lesiva del principio de separación de funciones consagrado en el art. 9 y que excedía lo establecido en el art. 184, ambos de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“[A]l condicionar el ejercicio de una facultad propia de la Administración, la revisión de sus actos, a un dictamen de la Contraloría General de la República, aún en caso de materias no relacionadas con la fiscalización de fondos públicos, lesiona el principio de separación de poderes tutelado en el artículo 9 de la Constitución (...) señala que la Contraloría como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa se encarga en forma especializada del control del gasto público, sin embargo, la norma impugnada la convierte en un contralor de la legalidad de la Administración, excediendo el marco de competencias que la Constitución le definió en el artículo 184”.

Al recabar el informe correspondiente, el contralor general de la República precisó que la intervención del órgano debe entenderse legítima cuando se trate de la fiscalización de los fondos públicos y que la CGR es competente para emitir el dictamen en tanto el acto administrativo que se pretenda revocar afecte la Hacienda Pública.

En los resultandos de la sentencia bajo examen se consignó lo siguiente:

*“El Contralor General de la República atendió la audiencia que se le confirió y manifestó que la Contraloría es un órgano constitucional del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa, con una esfera de competencia establecida en la Constitución que le asigna la potestad de fiscalización superior de la Hacienda Pública, y con una garantía de absoluta independencia funcional y administrativa en el ejercicio de sus atribuciones. Señaló que **ese control lo ejerce sobre los Poderes del Estado y, en general, toda oficina o funcionario que maneje fondos públicos.** Indicó que por voluntad del constituyente **la ley puede añadir otras funciones a la Contraloría adicionales a las establecidas expresamente en la Constitución, pero esas deben ser compatibles con su cometido esencial, la vigilancia superior de la Hacienda Pública.** Manifestó que utilizando las mismas fuentes en que se apoya la Procuraduría se puede afirmar que **el legislador al emitir la norma impugnada era consciente de que agregaba una atribución más a la Contraloría, pero dentro del marco constitucional establecido.** Considera que **la norma impugnada es constitucional si se interpreta conforme con la concepción que tuvieron sus redactores, en el sentido de que la Contraloría es competente para emitir el dictamen en tanto el acto administrativo que se pretenda revocar afecte la Hacienda Pública.** Señala que resultaría inconstitucional si la norma impugnada se aplicara en el caso de revocatoria de actos administrativos no relacionados con la Hacienda Pública”. (El destacado no es del original).*

Nótese que toda la argumentación gira en torno a la competencia constitucional y a defender la compatibilidad de la atribución legal con tal competencia, pero, por eso mismo, distingue los planos. No pretende señalar que la atribución legal es exigida por la Constitución sino compatible con esta. Y, de hecho, la propia Sala, al precisar el objeto de la acción y el enfoque que le iba a conferir al análisis, aclaró que el asunto principal que debía examinarse es si el legislador puede asignar válidamente a un órgano diseñado en la Constitución unas funciones ajenas a su especialidad y si, en el caso de CGR, lo dispuesto en la norma impugnada distorsiona el orden de atribuciones de ese órgano, desfigura su diseño constitucional o le impide cumplir las funciones que le son propias.

Sin que quedara constanding en la parte dispositiva de la sentencia, la Sala realizó una interpretación en el sentido de que la norma y, por tanto, la intervención de la CGR no era inconstitucional, en el entendido de que la revisión y el dictamen correspondiente tuviera relación con el ámbito de su especialidad, sea: **“el control superior de la Hacienda Pública” y “ejercer un control de legalidad en el manejo de los fondos públicos”.** Entonces, concluyó que el control de legalidad de los actos administrativos realizado por la CGR se confería en el marco de su competencia constitucional. Además, valoró lo dispuesto en el art. 184.5 de la Constitución Política y reconoció que, en virtud de tal norma constitucional, **el legislador está habilitado para atribuir nuevas atribuciones legales a la CGR, siempre y cuando estas no desvíen al órgano contralor de su competencia propia, en atención al texto constitucional.** La sentencia dice así:

*“La Contraloría General de la República como su Ley Orgánica remarca (Ley No.7428 de 7 de septiembre de 1994) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, **cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública** y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada ley. Ejerce principalmente las atribuciones específicas que la Constitución le confiere en el artículo 184. El inciso 5) del citado artículo constitucional dispone que sean deberes y atribuciones de la Contraloría los demás que la Constitución y las leyes le asignen. Esa disposición no puede interpretarse como una autorización dada al legislador para que agregue atribuciones que distraigan a la Contraloría de su función propia establecida en la Constitución, o la obstaculice con la asignación de otras extrañas por completo a su especialidad orgánica. **El legislador no puede legítimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano** al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiéndole competencias que aunque no sean propias de otros órganos, transformen el diseño básico del órgano establecido en la Constitución. Lo que el legislador sí podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente le corresponden. En ese sentido, se observa que la norma impugnada otorga una atribución a la Contraloría que en realidad no le es ajena y que no corresponde en forma exclusiva a otro órgano de relevancia constitucional. **La Contraloría, en ejercicio de las atribuciones que***

le confiere la Constitución y que desarrolla su ley orgánica, se encarga entre otras cosas de ejercer un control de legalidad en el manejo de los fondos públicos. Dicha potestad la realiza en el ámbito de su competencia, el cual está constituido por el conjunto de entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Según se expone, el ejercicio del control de legalidad de los actos de la Administración no es una función incompatible con las atribuciones que la Constitución confiere a la Contraloría, por lo que no podría afirmarse en este caso que se estén usurpando o interfiriendo funciones propias de otros órganos, o impidiendo a la Contraloría ejercer las suyas propias al añadirle las impugnadas. En este punto debe indicarse que la Contraloría fue el órgano que el legislador consideró, en un momento dado, idóneo para ejercer el control de legalidad de los actos administrativos, **entendiendo, sin embargo, que esa atribución se confería en el marco de su competencia constitucional y legal.** De ahí se infiere que dado que la norma impugnada no establece cuál ha de ser el contenido del dictamen que le corresponde rendir a la Contraloría en estos casos, o la materia sobre la cual debe pronunciarse, **se entiende que la atribución que la norma cuestionada le confiere a ese órgano debe realizarse en asuntos relacionados en términos generales con su especialidad.** De lo anterior se desprende que la frase final del artículo 156 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública no resulte contraria al orden constitucional". (El destacado no es del original. Esto fue reiterado por la Sala en varias sentencias, entre ellas, la **2006-013926**).

La potestad reglamentaria de la CGR en materia de gastos de funcionarios

La mayoría, al citar otras sentencias posteriores, alude en varias ocasiones a lo resuelto en la sentencia **n.º1997-5825**, por lo que es necesario examinar en qué términos y contexto se dictó. En esa sentencia se conoció de la constitucionalidad de la Ley Reguladora de Gastos de Viaje y Transporte de Funcionarios del Estado n.º3462 de 1962 y del Reglamento de Gastos de Viaje y Transportes para Funcionarios Públicos. En esa acción se cuestionó concretamente la potestad reglamentaria de la CGR, pues el numeral 1º de la ley dice:

Los gastos de transporte y viáticos de los funcionarios y empleados del Estado que en función pública deban viajar dentro o fuera del país, se regularán por una tarifa y un reglamento que elaborará la Contraloría General de la República.

En esta resolución –a diferencia de lo resuelto en la sentencia **n.º1993-2934**, en la que se consideró inconstitucional la potestad reglamentaria respecto de la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos–, estimó que el ejercicio de la potestad reglamentaria no era ilegítimo en virtud de “la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República”. Dice la sentencia, en lo conducente, lo siguiente:

*“Encuentra la Sala que existe una similitud entre las normas anuladas en aquel entonces y la que ahora se cuestiona, en cuanto ambas otorgan a la Contraloría General de la República la posibilidad de reglamentar actividades y funciones contenidas en una ley y, en este caso concreto, la opción de imponer prácticamente cualquier modalidad de sujeción; sin embargo, la Sala diferencia entre los reglamentos ejecutivos, cual sucedía en la Ley de Enriquecimiento Ilícito y la que ahora se analiza. En efecto, **la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República, que entre otras funciones y competencias, debe encargarse del control de la eficiencia de la Administración (artículo 17 de su ley Orgánica), de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de un numeroso grupo de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibid) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias anuales de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada), la faculta para establecer y uniformar, mediante reglas y condiciones de obligado cumplimiento, la forma en que los distintos entes públicos han de proceder en su relación con el ente contralor, de modo que no cabe duda de que deben estar sujetos, por conveniencia contralora y por ser jurídicamente posible, a sistemas generalizados.**- Es decir, en el caso específico de la norma ahora cuestionada, se trata en concreto de compendios de instrucciones con el fin de facilitar, mediante la uniformidad de procedimientos, el ejercicio de la competencia contralora fijada claramente por la ley, por lo que no se estima que haya ejercicio propiamente dicho de alguna potestad reglamentaria indebidamente delegada”. (El destacado no es del original).*

Luego la propia Sala precisó que esto responde a la competencia constitucional de controlar el gasto público –se entiende, la Hacienda Pública–. En tal sentido concluyó:

***“Como se trata de funciones de control de gasto público, el artículo 1º de la Ley número 3462 del veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Reguladora de los gastos de viaje y gastos por concepto de transportes para todos los Funcionarios del Estado, no resulta contrario a los artículos 9 y 140 inciso 3) de la Constitución Política, puesto que en términos generales, corresponde a la Contraloría General de la República, como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, determinar la racionalidad de los gastos, los límites y legalidad de los mismos, en ejercicio, eso sí, de las atribuciones contenidas en el artículo 184 de la misma Constitución Política.** El reglamento que se objeta, no es en estricto sentido, un reglamento ejecutivo, sino un manual de procedimientos que deben observar todos los entes públicos sometidos al control en la forma explicada y por ello, la acción debe declararse sin lugar”. (El destacado no es del original).*

De la anterior resolución se desprende que la legitimidad del ejercicio de la potestad reglamentaria de la CGR, en lo atinente a gastos de viaje y transporte de los servidores –con uso de fondos públicos–, se basa en su condición de órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa llamado a determinar la racionalidad de los gastos, y los límites y la legalidad de estos. Adviértase que toda la argumentación va encaminada a determinar si el ejercicio de la potestad es compatible con la Constitución, no si es necesariamente exigida por ella.

La reducción de atribuciones legales a la CGR

Corresponde ahora analizar la sentencia **n.º1998-998**, que versa sobre varios numerales de la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento. De esta sentencia, en lo relativo a las atribuciones de la CGR, interesa resaltar las siguientes afirmaciones novedosas –respecto de las sentencias ya examinadas–:

“La Asamblea Nacional Constituyente, al crear la Contraloría General de la República como una institución auxiliar de la Asamblea

Legislativa, le confirió la tarea de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública –artículo 183 de la Constitución Política–, en cuanto le corresponde verificar la correcta utilización de los fondos públicos (...)

El fundamento normativo de esta competencia especial deriva de lo dispuesto en el citado artículo 183 constitucional, y que la Ley ha desarrollado, tanto en la primer Ley Orgánica de esta institución -número 1253 de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, que en sus artículos 2 y 3 inciso k) le confirió a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente, para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa); como así también en Ley Orgánica vigente y en la Ley de la Administración Financiera de la República -número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno-, normativa en la que se recoge el espíritu y voluntad del constituyente (...) de manera que la Contraloría, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico -según se anotó anteriormente-, **se encarga de ejercer un control financiero y de legalidad en el manejo de los fondos públicos**, que comprende las diversas operaciones de ejecución del presupuesto del Estado, control que consiste en **fiscalizar la coincidencia entre la acción administrativa financiera y la norma jurídica**, por lo que, como lógica consecuencia, no escapa a este control de la Contraloría, la actividad referente a la contratación administrativa (...) Dentro de las funciones comentadas, la Contraloría resulta competente para fiscalizar a los funcionarios encargados de la administración de los fondos públicos (...) estima esta Sala que, **aun cuando no existiera normativa legal específica que desarrollara las competencias propias de esta institución -Contraloría General de la República-, la misma sí estaría legitimada para ejercer actuaciones tendentes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública**, precisamente por estar basada su competencia en normas de rango constitucional. En este sentido, **cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados**". (El destacado no es del original).

Esto lo último no puede desligarse de lo anterior. Es decir, ese párrafo se debe leer de manera integral. Ciertamente el legislador, según esta resolución de la Sala, no puede "rebajar, disminuir, suprimir" atribuciones legales de la CGR, pero adviértase que se está refiriendo a aquellas "tendientes a vigilar y fiscalizar la Hacienda Pública". Además, nótese el contexto en el que esto se afirma: el conocimiento de una acción en materia de contratación administrativa, no en lo relativo a la fiscalización de la legalidad y la eficiencia del ejercicio del control interno de toda la gestión administrativa.

Luego, como primera conclusión general, la Sala realizó la siguiente afirmación:

"Y como conclusión general inicial, que emana del examen de los principios, de la doctrina y la jurisprudencia que se han expuesto en los considerandos anteriores, sólo puede afirmarse que el sistema de contratación administrativa está conformado, por un lado, por los principios constitucionales que emanan del artículo 182 de la propia Constitución, y por otro lado, como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, sea la Contraloría General de la República, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público". (El destacado no es del original).

En lo relativo al tema de las nulidades evidentes y manifiestas subrayó que la LOCGR reformó la LGAP para que el dictamen –en procesos presupuestarios o de contratación administrativa– lo rinda la CGR, y manifestó que eso es consistente con su condición de órgano encargado de la fiscalización y control de la Hacienda Pública. En esta misma resolución, la Sala desarrolló un considerando relacionado con la función fiscalizadora de la CGR en materia de contratación administrativa. Las normas cuestionadas hacen referencia a la obligatoriedad de presentar informes periódicos sobre las contrataciones realizadas por las administraciones. Los promoventes habían alegado que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 101 de la ley y 107 del reglamento, la CGR se convertía en un mero "receptor" de documentos, con lo que se eliminaba su función fiscalizadora de la Hacienda Pública, en violación de lo dispuesto en los arts. 182 y 183 de la Constitución. Al resolver estos agravios, la Sala afirmó lo siguiente:

"Estas disposiciones no son derogatorias de las facultades constitucionales y legales de control jurídico y contable propios de la Contraloría General de la República. Como se indicó en los considerandos VII. y VIII. de esta sentencia, a éste órgano constitucional le corresponde, por disposición expresa de la Constitución Política, ejercer las funciones de fiscalización y control en todo lo que concierne a la Hacienda Pública, lo que consecuentemente implica, que directamente le conciernen, como parte de su competencia, los procedimientos de la contratación administrativa, como competencia contenida en lo dispuesto expresamente en los artículo 182 y 183 de la Constitución Política y en su Ley Orgánica, específicamente en los artículos 11, 12, 14, 17, 20, 25, 30 y 37 inciso 3) (...)

...no puede dudarse de las funciones que atañen a la Contraloría General de la República, como órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, en lo que corresponde a la efectiva fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública, entendida ésta, en un sentido muy genérico, como los fondos públicos y recursos financieros del Estado. Y es en ese sentido, que cabe señalar que lo dispuesto en las normas impugnadas no sustituyen, en modo alguno, los otros mecanismos de control de que dispone esta institución para ejercer sus competencias y atribuciones, por lo que en cuanto a estos extremos deben declararse sin lugar las acciones. No obstante lo anterior, no comparte esta Sala el alegato de la Contraloría General de la República, en tanto estima que esta norma carece de todo sentido, por cuanto la misma constituye un control más dentro de los procedimientos de la contratación administrativa, que aunado a los anteriores -como lo son la objeción al cartel y el recurso de apelación de la adjudicación, ambos de conocimiento de la propia Contraloría General-, hacen más efectiva la labor realizada por esta institución. (...).

Estima esta Sala que es **con fundamento en esta información -la que en forma obligatoria deben suministrar cada tres meses los entes y oficinas administrativas, relativas a la actividad contractual realizada en ese período-, que la función de contralor y fiscalizador de la Hacienda Pública que compete a la Contraloría General de la República, puede ser ejecutada de una manera más eficiente, puesto que a partir de esa información general aportada, podrá poner en funcionamiento sus facultades para "examinar, aprobar o improbar" la actividad contractual realizada por la administración, todo lo anterior, con**

fundamento en la normas constitucionales y legales citadas. Por ello es que no puede entenderse que se trata de una mera "remisión y recepción de documentos"; entenderlo así implicaría aceptar que mediante una disposición de carácter legal se disminuyan y eliminen las funciones que la propia Constitución Política le ha conferido". (El destacado no es del original).

La no traslación de atribuciones en materia de contratación administrativa

En la sentencia **n.º 1998-5947** –que no es invocada por la mayoría, pero es necesario citarla acá– la Sala se refirió en general al régimen de contratación administrativa establecida para los bancos estatales. Analizó la constitucionalidad de la cláusula que excluía a la CGR de fijar los montos y topes de los procedimientos licitatorios, confiándole esta atribución a la Superintendencia General de Entidades Financieras. También examinó si correspondía que la apelación de las licitaciones públicas fuera de conocimiento de la referida superintendencia. La Sala realizó las siguientes consideraciones:

*"En relación con este punto, debemos remitirnos a lo señalado en la sentencia número 0998-98, con respecto a la competencia de la Contraloría General de la República para intervenir en la contratación administrativa. Es pues, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 183 de la Constitución Política, en tanto crea este órgano como "institución auxiliar de la Asamblea Legislativa", encargado de la fiscalización y "vigilancia de la Hacienda Pública", **función que se concreta en la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos**, y en lo dispuesto en los artículos 2 y 3 inciso k) de la Ley Orgánica de la Contraloría número 1253, de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta, como en los 1, y 11, 12, el Título II (que comprende los 17, 18, 20, 21, 22) de la Ley Orgánica de la Contraloría vigente (número 7428, de veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y cuatro), **que se le confieren a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa)** (...) En este sentido lleva razón la representación de la Procuraduría General de la República al señalar que la materia de la contratación administrativa es ajena a la naturaleza y funciones de la Superintendencia General de Entidades Financieras, que se conceptualiza como un órgano del Banco Central, creado por ley, y encargado de la supervisión y fiscalización de las entidades financieras del país, con la finalidad de velar por la estabilidad, solidez y eficiencia del sistema financiero nacional; mientras que **la Contraloría General de la República es un órgano de origen constitucional, que actúa como rector del ordenamiento de control y fiscalización superior de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, consolidándose en la institución protagónica en la contratación administrativa, en tanto le corresponde aprobar los contratos del Estado**, además de la competencia para declarar las nulidades contractuales, e intervenir en estos procedimientos, según lo disponga la ley. La representación de la Superintendencia General de Entidades Financieras también concuerda con esta posición, en tanto señala que se le están dando funciones que distan mucho de la naturaleza y fines para lo que fue creada. **Y la Contraloría General de la República alega que se le están restando competencias propias**. Todas estas representaciones tienen razón, con fundamento en las normas y principios constitucionales señalados anteriormente, motivo por el cual, **resulta inconstitucional la remisión a la Superintendencia General de Entidades Financieras para la determinación de los montos y topes de los procedimientos licitatorios, función que por excelencia le corresponde a la Contraloría General de la República**. Asimismo, no puede dejarse de observar la inconstitucionalidad de la última frase del párrafo analizado, en tanto excepciona a los bancos de la aplicación de la normativa de la contratación administrativa, para con fundamento en lo señalado en el considerando IV. de esta sentencia (...).*

*La segunda inconstitucionalidad de esta disposición debe considerarse en atención a lo dicho en el considerando anterior (VI.), en lo que se refiere a las funciones y competencias propias de la Contraloría General de la República; de manera que el conocimiento de las apelaciones con grado de superior jerárquico impropio de los actos de adjudicación que acuerden los bancos del sistema bancario nacional, forman parte de **las facultades de fiscalización ejercidas por la Contraloría en la vigilancia de la hacienda pública, con arreglo a las normas y principios constitucionales, que el legislador ordinario no puede limitar ni desnaturalizar**". (El destacado no es del original).*

Como se deduce de lo anterior, la Sala concluyó que no se podrían trasladar atribuciones constitucionales que son propias de la CGR a otros entes estatales, concretamente la vigilancia de la Hacienda Pública, que la concibe como la "vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa)".

Además, declaró la inconstitucionalidad de la norma que disponía que los contratos que celebraban los bancos estatales en materia de contratación administrativa debían ser refrendados por el auditor interno de cada banco. Al respecto, resolvió lo siguiente:

*"No llevan razón las representaciones de la Procuraduría y Contraloría General de la República al señalar que la Constitución Política -artículo 184 inciso 1)- únicamente sujeta al refrendo contralor a los contratos administrativos que celebren los órganos que integren el "Estado-persona" o "Estado-sujeto", conformado éste por los Poderes del Estado -Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo) y el Poder Judicial-, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes; en tanto como se indicó en el Considerando III.- de esta sentencia, el artículo 182 constitucional es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado. Por otra parte, **debe tenerse presente que el control de la contratación administrativa realizado directamente por el órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública es uno de los principios rectores de la contratación administrativa, control que actúa como efectiva garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público**, como se indicó en la sentencia número 0998-98. En virtud de lo cual, el párrafo quinto del artículo 171 de la Ley del Banco Central, en cuanto sustrae del conocimiento de actividad contractual que realicen los bancos que conforman el Sistema Bancario Nacional, para delegarse a las auditorías internas de cada institución bancaria, es inconstitucional". (El destacado no es del original).*

La aclaración solicitada por la CGR: el primer aval sobre modulaciones

El contralor general de la República presentó una gestión de adición y aclaración sobre dicha resolución, en la que requirió lo

siguiente:

“[Q]ue declare que no es inconstitucional que en atención a la cuantía, naturaleza y objeto de la contratación administrativa de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le otorga, para refrendar los contratos del Estado”.

Mediante la sentencia interlocutoria **n.º1999-9524** –a la que alude la mayoría en varias oportunidades–, la Sala aclaró que la CGR puede definir diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en atención al monto, la materia y la institución pública que realice la contratación. Al respecto, afirmó lo siguiente:

*“I.- DEL REFRENDO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ÓRGANO CONTRALOR CONSTITUCIONAL. Quedó claro en la sentencia recurrida –número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho–, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la administración pública, con lo que se incluye no sólo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central, sea la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo), el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, sino también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública, con lo que se hace extensivo a los bancos que conforman el sistema bancario nacional. Dos son los principios constitucionales que dan fundamento a esta posición: el artículo 182 de la Constitución Política, establece que los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa son de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado; y del artículo 184 constitucional deriva el principio rector del control de la contratación administrativa realizado directa y exclusivamente por el órgano constitucionalmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública. Es función esencial de la Contraloría General de la República la fiscalización de la hacienda pública, por mandato constitucional –artículo 183 constitucional–, **pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el refrendo y otros medios**, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori. En este sentido, **debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa, en razón de su monto, configurándose así, la licitación pública, la licitación privada, contratación directa, y remate con procedimiento alterno**, según la clasificación dada por la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno derogada por la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, adicionada y reformada por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, que establece la siguiente clasificación: licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, remate y contratación directa; **así, es competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, el diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación**, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica. **Por ello, resulta acertada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión, al considerar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, éste órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98”.** (El destacado no es del original).*

Por tanto, la sentencia quedó aclarada en los siguientes términos:

“Se aclara la sentencia número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, de manera que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus propias competencias, a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le confiere para refrendar los contratos del Estado, con lo que comprende a toda la Administración Pública sin excepción alguna, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público”.

Es decir, la Sala aceptó que era legítimo que la CGR precisara las condiciones en que realiza el refrendo contralor. Esta sentencia es particularmente importante porque, como luego se verá, supone el inicio de una línea mediante la que se admite una lectura distinta de las atribuciones constitucionales, en particular sobre esta: la de otorgar el refrendo contralor.

El control de eficiencia en el uso de los fondos públicos

La mayoría tampoco cita propiamente la sentencia **n.º1999-1903**, pero se hace referencia a ella y correspondería contextualizarla. Esta resuelve una acción en la que se cuestionaron los arts. 6, 11 y 17 de la LOCGR. El alegato de inconstitucionalidad era el siguiente:

“[P]or cuanto con base en tales disposiciones, a su juicio, el ente fiscalizador, abandonando la esencia de sus funciones constitucionalmente asignadas, entra a analizar la oportunidad, conveniencia, mérito o motivos por los cuales el Poder Ejecutivo establece en uso de la potestad de satisfacción de sus necesidades para beneficio del interés público, el manejo y disposición de los fondos públicos”.

La Sala rechazó la legitimación del accionante, que decía basarse en un supuesto interés difuso, y consideró *prima facie* –pues la

acción no fue cursada– que las normas lo que hacían era ampliar el ámbito de fiscalización atribuido a la CGR en lo relativo al manejo de los fondos públicos:

*“Las normas cuestionadas lo que hacen es ampliar el radio de fiscalización de la Contraloría sobre el manejo de los fondos públicos, al señalar que podrá fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos privados beneficiarios, de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia a fin de evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos (artículo 6), garantizar la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República (artículo 11), el control de eficiencia para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes, efectuará las prevenciones y dictará las instrucciones y las órdenes procedentes (artículo 17). **Como puede colegirse de las normas señaladas en éstas se expanden las potestades de fiscalización de los fondos públicos de la Contraloría General de la República, esto es no se afectan para nada las funciones de fiscalización de los actos de disposición de los fondos públicos, sino que más bien se ven reforzadas por las normas.** De ahí que el accionante carezca de legitimación para accionar en vista de que el interés difuso de defender las funciones de fiscalización de los fondos públicos no resulta afectado en absoluto. Por lo expuesto, procede rechazar de plano la acción interpuesta”.* (El destacado no es del original).

Lo que conviene destacar es que la Sala subraya que la CGR tiene esa atribución de fiscalizar los fondos públicos, y al ejercerla realiza tanto un control de legalidad como de eficiencia. Incluso los controles internos a los que se refieren versan directamente sobre el uso de fondos públicos, no de toda la gestión de la administración activa.

El origen normativo de los controles respecto de los gobiernos locales

La mayoría cita ampliamente la sentencia n.º1999-5445, en la que se examinan una serie de normas desde la óptica de la presunta lesión a la autonomía de las corporaciones municipales. Para los efectos de esta opinión consultiva y de este voto salvado, interesa resaltar las consideraciones en torno a los controles ejercidos por la CGR sobre los gobiernos locales. Al respecto, se hace necesario precisar que la Sala se refirió en primer lugar, y en términos generales, a la importancia de los controles, aceptando que algunos de estos obedecen a la voluntad del legislador y otros surgen de forma implícita de preceptos constitucionales. Dijo aquella sentencia, lo siguiente:

*“En toda organización administrativa debe existir un sistema de control o medios de fiscalización de esa actividad, lo que la dota de un conjunto de garantías de legitimación y de verificación de oportunidad y legalidad, a la vez que logra la eficiencia y moralidad de su funcionamiento. De esta manera, para el cumplimiento de cada uno de los objetivos de los actos administrativos, se requiere el ejercicio del correspondiente medio de control o fiscalización; **algunos de ellos están previstos expresamente en la ley y otros, surgen en forma implícita de algún precepto esencial de tipo constitucional, como sucede con el control que ejerce la Contraloría General de la República con la actividad de la contratación administrativa**”.* (El destacado no es del original).

Es decir, la Sala advierte que no todos esos controles son de origen constitucional, pues algunos son de origen puramente legal, sobre la base del art. 184.5 de la Constitución. Claro está, ha de entenderse que no son contrarios con la Constitución. Dice que otros, que también están en la ley, surgen de “forma implícita de algún precepto constitucional”. Pero, tanto estos como aquellos – cuyo fundamento mismo es solo legal– son conformes, pero no exigidos por la Constitución. Afirmar lo contrario sería cercenar en demasía y sin justificación el margen de acción del legislador.

Posteriormente, aludiendo en general a los controles que deben existir en toda organización administrativa, la sentencia hizo referencia a la doctrina y a las clasificaciones que puede haber. No obstante, cabe observar que esta referencia genérica al tipo de control no aludía de manera concreta a los controles de la CGR, de modo que no sería correcto atribuir estas consideraciones a las tareas propias y específicas del órgano contralor, tal como hace la mayoría en la presente opinión consultiva:

*“La doctrina más calificada señala que el control o fiscalización que se realice en la Administración Pública puede ser clasificado desde tres puntos de vista fundamentales: a) en cuanto al momento o tiempo en que se realiza con relación al acto o comportamiento, lo que reviste carácter preventivo o represivo, según sea el caso; el cual, también, puede presentarse de tres maneras diferentes: el **control anterior** (“a priori”), que en realidad funciona a modo de autorización para el acto o contrato y actúa como condicionante de validez, de manera que cuando el acto sometido al examen no sea conforme a lo debido, proceda, según sea el caso, la suspensión o sustitución; el **control posterior** (“a posteriori”), que es en realidad una aprobación de lo actuado por la Administración, y constituye un requisito de eficacia del acto; y el **control concomitante**, que se verifica en todo el proceso, a modo de una verdadera fiscalización de la actuación de los entes públicos, constituyéndose en requisitos de validez y eficacia al mismo tiempo; b) en cuanto a la iniciativa del control, si es a petición de parte (recursos) o actuación de oficio (vigilancia); y c) en cuanto al objeto que se pretenda lograr con el control o fiscalización, si es de legitimidad o legalidad, si se pretende impedir o reprimir la violación de normas legales, o de oportunidad, en cuanto examina la conveniencia o mérito de lo actuado”* (El destacado sí es del original).

La procedencia exclusiva del control de legalidad en materia presupuestaria

Posteriormente, en otro considerando, en esa sentencia **n.º1999-5445** la Sala sí hizo un análisis en concreto de las atribuciones de la CGR y de los controles que puede ejercer. Enfatizó que se refiere a controles de legalidad de la administración financiera del Estado, pero no al control sobre la mera conveniencia u oportunidad en la administración controlada. Por su importancia, se transcribe lo dicho por este Tribunal:

*“La Contraloría General de la República es un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa, con competencia expresas para la fiscalización y vigilancia de la hacienda pública -artículo 183 de la Constitución Política-, a la que **le corresponde la verificación de la correcta utilización de los fondos públicos**, lo que se concreta en un control de la legalidad en la*

administración financiera del Estado y sus instituciones -incluyendo a las municipalidades-, labor que desempeña con absoluta independencia y objetividad, en tanto no cabe, en principio, el control de discrecionalidad, sino únicamente el de legalidad, al examinarse la conformidad de lo actuado con el ordenamiento jurídico, no el dictado ni intención de la Administración. En síntesis, este control se reduce a la verificación del cumplimiento de los presupuestos de legalidad aplicables, **con prescindencia de toda alusión a las cuestiones de política o de mera conveniencia u oportunidad en la administración controlada**, así como de la eficiencia y rentabilidad de la administración financiera; desde luego, mientras la conveniencia o inoportunidad no rebasen los límites más allá de los cuales se convertiría en ilegalidad de conformidad con los criterios normalmente reconocidos respecto de los límites de la discrecionalidad. En términos generales, este mecanismo de control contiene siempre un ingrediente lógico, que es la verificación de la conformidad del acto o actividad con un patrón normativo de conducta, y una medida consecuente, que constituye un verdadero acto de voluntad, dirigido a permitir o impedir los efectos de la actividad controlada, según que sean correctos o contrarios a derecho. La jurisdicción de la Contraloría sobre las municipalidades es inescapable y obligatoria por dictado constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 183 y 184, competencia que ha sido reconocida con anterioridad por este Tribunal de manera tal que no implica una infracción a la autonomía de los gobiernos locales". (El destacado no es del original).

En esta misma resolución se valoraron qué tipo de controles puede ejercer la CGR respecto de la aprobación del presupuesto municipal –atendiendo a sus atribuciones constitucionales–, y la Sala concluyó que lo relativo a la aprobación presupuestaria era de orden técnico o legal, con "prescindencia de toda alusión a las cuestiones de conveniencia, oportunidad, rentabilidad o eficiencia", pues la norma constitucional señala que le corresponde a la CGR examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades y fiscalizar su ejecución y liquidación. En lo conducente, dijo lo siguiente:

"La Contraloría únicamente puede aprobar o improbar los presupuestos municipales pero por cuestiones técnicas: la verificación del cumplimiento de los requisitos de legalidad aplicables, con prescindencia de toda alusión a las cuestiones de conveniencia, oportunidad, rentabilidad o eficiencia, según lo anotado en el artículo 18 transcrito. En este orden de ideas, el artículo 70 del Código Municipal no es inconstitucional, al facultar a la Contraloría para aprobar las partidas de los gastos que se refieren en los artículos 18 (celebración de congresos regionales o nacionales), 67 (celebraciones cívicas, atención de miembros de Supremos Poderes y delegaciones extranjeras, donaciones, préstamos, disposición de bienes muebles e inmuebles), 68 (ayudas temporales a vecinos, subvenciones a centros educativos, beneficencias o servicio social, ayudas para obras o actividades que pertenezcan al cantón, reparto de juguetes para niños pobres), y 69 (becas en el país) "si guardan proporción con la situación económica de la Corporación", por tratarse de un control de legalidad, únicamente, y conformar partidas del presupuesto. Sin embargo, el artículo 107 del Código Municipal sí es violatorio de la autonomía municipal, al facultar a la Contraloría para que "de oficio" haga las inclusiones necesarias en el presupuesto a fin de dar cumplimiento a las obligaciones previamente contraídas, ya que como se dijo anteriormente, **corresponde en exclusiva a las autoridades municipales elaborar su propio presupuesto conforme a sus propios lineamientos y modificar el presupuesto implica hacer valoraciones de oportunidad**". (El destacado no es del original).

Reiteración sobre la reducción de atribuciones a la CGR

Luego, en lo relativo a los controles que realiza la CGR respecto de la contratación administrativa de las corporaciones municipales, la Sala dijo lo siguiente:

"El cuarto gran principio se refiere al control que ejerce la Contraloría General de la República en la contratación administrativa; el cual constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que se conforma el sistema, de manera tal que deriva directamente de lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, en tanto se trata del órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública, de manera que se constituye en la garantía de la correcta utilización de los fondos públicos, en aras de la satisfacción del interés público." (El destacado no es del original).

De seguido, aludiendo a dicha competencia constitucional, agregó:

"Lógica consecuencia de lo anterior, es que mediante ley común no pueden rebajarse, disminuirse, suprimirse o atribuirse a otro órgano público las atribuciones propias del órgano contralor, de manera que la normativa en general tiene que reconocer estos principios, para no ser contraria a estos parámetros y valores constitucionales." (El destacado no es del original).

Debe reiterarse que lo subrayado no puede verse separado de lo dicho de previo respecto de cuál es la competencia constitucional del órgano contralor, es decir, la vigilancia de la Hacienda Pública. Por tanto, debe entenderse que la última frase subrayada está vinculada a la competencia y las atribuciones constitucionales y no a cualquier otra atribución de orden legal. Además, en este punto debe recordarse que la CGR a lo largo de su historia ha recibido múltiples atribuciones y también ha sido despojada de ellas, incluso a petición suya^[6]. Si la frase **"mediante ley común no pueden rebajarse, disminuirse, suprimirse o atribuirse a otro órgano público las atribuciones propias del órgano contralor"** se leyera como referida a todo tipo de atribuciones recibidas por el legislador, con independencia de si están o no directamente vinculadas a su competencia constitucional de fiscalización de la Hacienda Pública, el marco legal que rige a este órgano estaría petrificado, pues no cabría modificación alguna por parte del legislador. Como se ha visto, en la **n.º 1999-5445**, la Sala ha dicho –refiriéndose a controles, pero bien puede entenderse que alude a atribuciones– que unos están expresamente establecidos por la ley (por pura voluntad del legislador, sin más sustento que el art. 184.5 de la Constitución) y otros han sido establecidos también por el legislador, pero han surgido de "forma implícita de algún precepto constitucional". Pues bien, incluso en este último caso no son de carácter constitucional: son presumiblemente conformes a la Constitución, por lo tanto, su modificación no está sometida al procedimiento cualificado de reforma constitucional. Se trata de atribuciones legales que bien pueden ser modificadas por el legislador sin lesión de la Constitución. En otros términos, la única reducción de atribuciones que se tornaría inconstitucional es aquella que impide el ejercicio de la competencia establecida en el art. 183 y de las atribuciones señaladas en el art. 184; aunque el ejercicio de estas ha sido modulado de modo significativo, especialmente a partir de la resolución **n.º 1999-09524**.

La potestad reglamentaria del referendo: instrumento de modulación

Posteriormente, en la sentencia **n.º2000-3027** se conoció de la impugnación contra el Reglamento sobre el Referendo de las Contrataciones de la Administración Pública, en la que se cuestionó una presunta lesión a la potestad reglamentaria establecida a favor del Poder Ejecutivo. En la esa sentencia se consideró en lo conducente lo siguiente:

*“Por ello, es que -dentro de esta segunda categoría-, bien puede entenderse una categoría especial, en virtud de las competencias que en el artículo 184 de la Constitución Política le atribuyen a la Contraloría General de la República, en lo que respecta a la organización y funcionamiento de las competencias constitucionalmente asignadas; **entendida como la potestad para que este órgano constitucional dicte normas y directrices de carácter general con el fin de hacer efectivo el control de la hacienda pública, concretamente en lo que respecta a asuntos eminentemente contables, o, como en el caso que motiva esta gestión de inconstitucionalidad, se refieran a la competencia exclusiva de este órgano contralor para diseñar mecanismos para efectuar el efectivo control de la contratación administrativa**; tal y como lo ha considerado con anterioridad esta Sala al analizar la posibilidad de que el legislador pudiera otorgar a la Contraloría General de la República la potestad de reglamentar leyes de la República (...)*

Al constituirse en un principio esencial -y, además, constitucional- de la contratación administrativa el sistema de control ejercido directa y exclusivamente por la Contraloría General de la República, órgano constitucional encargado de la vigilancia de la hacienda pública, es que con anterioridad, este Tribunal Constitucional determinó la competencia en esta materia a dicho órgano, para que diseñara los diversos mecanismos para efectuar el el control -o referendo- de la contratación administrativa”. (El destacado no es del original).

La potestad sancionatoria de funcionarios municipales de elección popular

La mayoría también cita la resolución **n.º2000-06326**, que versó sobre un conflicto de competencia planteado por el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) para determinar “cuál de los dos es [el] órgano competente para sustanciar un procedimiento administrativo que determine la existencia una infracción al ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública cometida por algún regidor o síndico municipal”. La Sala desarrolló la naturaleza jurídica y el ámbito competencial constitucional de cada uno de esos órganos y, respecto de la CGR, enfatizó que sus labores se enmarcan en la protección de los fondos públicos:

*“Con fundamento en estas dos disposiciones, en forma constante y reiterada, la jurisprudencia constitucional se ha manifestado acerca de las especiales competencias que la Constitución Política le asigna a la Contraloría General de la República en lo que respecta a la vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente. (...) En todos y cada uno de los fallos citados, **la Sala enfatiza que por voluntad del constituyente se creó la Contraloría General de la República como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa con una función específica y determinada: la vigilancia de la Hacienda Pública, de manera que por mandato constitucional -artículos 183 y 184- tareas como la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa y el funcionamiento del sistema financiero, sobre todo en lo que se refiere a la movilización de capitales a fin de que se mantenga la confianza en la correcta administración de los entes bancarios, el manejo del presupuesto de todas y cada una de las dependencias públicas, así como el control del personal que “recibe, custodia, paga o administra bienes o valores del Estado” no están más allá de las funciones encomendadas a éste órgano contralor, sino todo lo contrario, ya que responden al interés del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas**. Refuerza lo anterior, el hecho de que para que la Contraloría lleve en forma efectiva esta tarea, la propia Constitución Política en su artículo 24 le dota de una facultad especial, cual es la posibilidad de revisar los libros de contabilidad y sus anexos con fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos respectivamente, facultad que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República desarrolla en el artículo 13. Queda claro que estas competencias tienen su origen en normas de rango constitucional, y están desarrolladas en leyes, tales como en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, número 7428, la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria, número 6821, la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público, número 6955, y en lo que respecta al control del presupuesto, contratación y recursos municipales, en el propio Código Municipal vigente; y aún en normas reglamentarias, como lo es el Reglamento sobre el funcionamiento de empresas estatales estructuradas como sociedades mercantiles, Decreto Ejecutivo número 7927-H”. (Consideraciones reiteradas en la sentencia del recurso de amparo cursado mediante la resolución interlocutoria **n.º2004-08461**. El desatado no corresponde al original).*

Nótese que la Sala subraya que por voluntad del constituyente se creó la CGR como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa con una función específica y determinada: la vigilancia de la Hacienda Pública.

Sobre la posibilidad de investigar anomalías de los servidores públicos en el manejo de fondos estatales, señaló:

“Al tener respecto de los fondos públicos una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, la Contraloría General de la República no puede ver limitada su actuación a una simple recepción de documentos o constatación de hechos, motivo por el cual se le reconoce la potestad de investigación de las posibles anomalías en el manejo de los fondos públicos, lo que le permite revisar libros contables y sus anexos, citar a los funcionarios responsables e inclusive, recomendar las sanciones correspondientes, todo en el marco de un procedimiento en el que se da pleno respeto de las garantías del debido proceso”.

A partir de todo el desarrollo considerativo, la Sala finalmente concluyó que le corresponde a la CGR investigar y determinar la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios municipales de elección popular (síndicos y regidores), en relación con la infracción de las normas del ordenamiento de control y fiscalización de la Hacienda Pública, cumpliendo con el debido proceso; y al TSE, determinar en relación con ello, la anulación o cancelación de las credenciales municipales.

La potestad sancionatoria de funcionarios de instituciones autónomas

Otra resolución a la que la mayoría alude en varias ocasiones es la sentencia **n.º2001-4835**, en la que se examinó la constitucionalidad del art. 68 de la LOGR, pues se acusó una interferencia en la función de administración de las instituciones

autónomas, por cuanto las recomendaciones de la CGR –en materia sancionadora– resultan ser vinculantes, lo que de hecho sustituye la voluntad de los jerarcas administrativos en la aplicación del régimen disciplinario, y –a juicio del accionante– lesiona la autonomía administrativa de las entidades descentralizadas. La Sala hizo eco de sus anteriores sentencias advirtiendo sobre la competencia de la CGR en el resguardo de la Hacienda Pública (recursos públicos) y realizó las siguientes consideraciones:

“La Contraloría General de la República, Órgano Auxiliar de la Asamblea Legislativa, pero con independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, es la institución encargada del control y fiscalización de la Hacienda Pública, lo que incluye la vigilancia de los funcionarios a quienes se les encomienda la administración de los recursos públicos. Así, en esta materia, el Órgano contralor tiene plena potestad de investigar posibles faltas de los servidores de la Administración en el manejo de los fondos del Estado. (...).

*Se estima que el ejercicio de la potestad impugnada se adecua al Derecho de la Constitución, en particular, a **las funciones de control y fiscalización de la Hacienda Pública**, que los artículos 183 y 184 de la Constitución Política le atribuyen al Órgano Auxiliar de la Asamblea Legislativa. En efecto, según se expuso en la sentencia transcrita, la autonomía administrativa de que gozan las instituciones autónomas no es vulnerada cuando la Contraloría General de la República procede de acuerdo con la atribución contenida en el artículo 68 de su Ley Orgánica. Tampoco se considera que cuando la Contraloría General de la República recomienda –con carácter vinculante– la sanción disciplinaria de un funcionario público ejerce funciones de administración activa. Nótese, que previo a que la Contraloría determine la responsabilidad de un funcionario por una falta cometida en el manejo de los recursos públicos, debe concederse al afectado de manera preceptiva su derecho del debido proceso, en los términos de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, bajo la observancia ineludible del principio de verdad real –artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública– con la finalidad de que el servidor pueda formular los alegatos que estime pertinentes para su defensa, así como presentar la prueba que considere conveniente a sus intereses. Asimismo, si el superior jerárquico del funcionario no está conforme con el dictamen del Órgano Contralor de la Hacienda Pública puede interponer una gestión de revisión en la Contraloría, **que debe estudiar el Órgano encargado de la tutela de los fondos públicos**. La recomendación que surja como resultado del procedimiento administrativo que instaure el Órgano Contralor debe contener una motivación suficiente, en donde se indique con claridad la falta que se encontró en la actuación del funcionario investigado en el manejo de la Hacienda Pública, punto sobre el cual debe referirse en forma exclusiva la recomendación de la Contraloría General de la República, pues si bien este Órgano tiene facultades muy amplias de investigación para controlar y fiscalizar la Hacienda Pública, este concepto a su vez delimita su ámbito de competencia, considerándose, por ende, arbitrarias las actuaciones que realice este Órgano en los supuestos en que no se discuta el manejo eficiente y legal de la Hacienda Pública”.* (El destacado no es del original).

El análisis del art. 68 de la LOCGR se volvió a realizar en la sentencia **n.º2003-13140**, en la que además de reiterar sus antecedentes sobre la competencia constitucional de la CGR, la Sala agregó lo siguiente:

*“Respecto de la impugnación de esta norma, la Sala reitera las consideraciones dadas con anterioridad en su jurisprudencia, tanto en lo que respecta a su especial competencia, de orden constitucional, asignada a la Contraloría General de la República, como respecto de la facultad, no sólo para iniciar procedimientos sancionatorios, sino inclusive, para dictar dictámenes vinculantes respecto de las sanciones a aplicar a los servidores de los sujetos de su fiscalización, de las cuales se pueden derivar las siguientes conclusiones: a) que la facultad impugnada de la Contraloría deriva de los numerales 183 y 184 de la Constitución Política, motivo por el cual, no puede estimarse que constituya una invasión de la autonomía conferida a las instituciones autónomas en su gestión, en tanto la facultad sancionatoria reconocida a éste órgano constitucional no deriva de una relación jerárquica o de orden laboral; es decir, no son sanciones disciplinarias las que ejercita, sino la facultad de vigilancia y fiscalización superior de la Hacienda Pública, de donde, no asume funciones de la administración activa, por cuanto su actuación es consecuencia lógica y necesaria de su competencia constitucional asignada; b) que la facultad impugnada se concreta como consecuencia de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario sancionador, en el que se dan pleno respeto y cumplimiento de las garantías del debido proceso, en el que el investigado puede ejercer de una forma efectiva su derecho de defensa, de manera que puede refutar los cargos que se le imputan, aportar la prueba que estime necesaria, acceder al expediente, formular los recursos que estime convenientes, y por supuesto, la motivación de todos los actos que se dicten; de manera que la potestad de emitir una recomendación vinculante, nace y se concreta, únicamente cuando la Contraloría tenga por acreditada la infracción de las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización (normas y principios constitucionales de la contratación administrativa y de la elaboración y ejecución del presupuesto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley de Control Interno), o cuando constate una lesión a la Hacienda Pública; c) que la sanción no la aplica la Contraloría General de la República, sino el superior jerárquico del servidor incumpliente; quien, a su vez, puede formular una gestión de revisión (artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República) ante la Contraloría General de la República, en caso de no estar de acuerdo con la recomendación; y d) que la facultad de investigación de la Contraloría se limita al ámbito de su competencia, sea el manejo y administración de la Hacienda Pública, únicamente. Asimismo, debe considerarse que la autonomía de que gozan las instituciones autónomas no es ilimitada, en tanto el propio artículo 188 de la Constitución Política las sujeta a la ley en materia de gobierno, de donde, están sujetas a la tutela administrativa, que se manifiesta a través de la planificación, directrices, y por supuesto, a los controles previstos en la propia Carta Fundamental para el manejo de los fondos públicos, cuyo órgano constitucional encargado para tal tarea es la Contraloría General de la República - artículos 183 y 184-. Por ello, la competencia impugnada, lejos de desbordar el ámbito natural de las funciones que la Constitución Política le otorga a la Contraloría General de la República, es congruente con ella, **de manera que la pretensión de eliminar la facultad de la Contraloría General de la República para investigar y sancionar a los servidores públicos que administran fondos públicos, implicaría disminuir la competencia que por mandato constitucional se le reconoce a este órgano constitucional**; lo cual, más bien atentaría contra la propia Constitución Política. En virtud de lo anterior, procede desestimar la acción respecto de la impugnación que se hace del artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y confirmar la jurisprudencia constitucional que ha dictado en esta materia”.* (El destacado no es del original).

La declaratoria de nulidad de actos administrativos por parte de la CGR

Además, dicha resolución hizo referencia a la potestad de la CGR de declarar la nulidad absoluta de determinados actos administrativos. Se dijo lo siguiente:

*“Respecto de la impugnación que se hace de esta norma, resulta importante considerar que repiten los argumentos relativos a la supuesta invasión de competencias por parte de la Contraloría sobre las instituciones autónomas y dependencias públicas en general. Sin embargo, debe advertirse al gestionante, que la facultad de anulación por motivos de nulidad absoluta está reconocida en el Derecho Público a todo superior jerarca, no de manera potestativa, sino como una obligación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 182.1 en relación con el artículo 102 inciso d), ambos de la Ley General de la Administración Pública (...) de manera, que aún declarándose la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, **subsistiría esa competencia en cabeza de la Contraloría, que por mandato constitucional, según se ha indicado en este sentencia, le corresponde la vigilancia y control superior de la Hacienda Pública, de modo que actúa como jerarca impropio de toda la Administración en lo que respecta a la materia de contratación administrativa**; motivo por el cual, los alegatos que se hacen, resultan infundados, procediendo la desestimación de la impugnación que se hace, en todos sus extremos”. (El destacado no es del original).*

La potestad sancionatoria de funcionarios del TSE

Posteriormente fue planteado otro conflicto de competencia y la duda versó sobre cuál órgano era el competente para sancionar a los servidores públicos del TSE. Mediante la resolución **n.º2004-2199**, la Sala consideró –por mayoría– que la CGR tiene potestades suficientes, con asidero constitucional, para incoar e instruir procedimientos administrativos a los funcionarios del TSE y recomendar, de forma vinculante, la imposición de una sanción, cuando se les atribuya una falta o lesión a la Hacienda Pública o a su ordenamiento de control y fiscalización. Dicha mayoría indicó lo siguiente:

*“A tenor del ordinal 183 de la norma fundamental le compete a la Contraloría General de la República auxiliar a la Asamblea Legislativa “(...) en la vigilancia de la Hacienda Pública (...) con “(...) absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores”. La vigilancia de la Hacienda Pública es un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción corre por cuenta del propio constituyente -al definir, especificar y hacer un elenco no exhaustivo de sus competencias, tal y como ocurre en el ordinal 184 constitucional-, del legislador -dado que según se desprende del inciso 5 del artículo 184, sus competencias no son numerus clausus- y la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional a través de su tarea hermenéutica del Derecho de la Constitución. El concepto de vigilancia evoca, ineluctablemente, los de fiscalización, supervisión y control de todos los extremos y aspectos que comprenden la Hacienda Pública. No cabe la menor duda que el constituyente originario erigió a la Contraloría General de la República en un órgano rector de fiscalización superior de todos los aspectos que atañen a la Hacienda Pública. Esa es su competencia genérica y originaria, de modo tal que cualquier desarrollo legislativo debe conformarse con ésta para fortalecerla y extenderla en proporción con los fines propuestos y supuestos por el constituyente originario. **Cualquier norma, disposición o interpretación que redunde en un cercenamiento, limitación o desnaturalización de la competencia constitucional básica y fundamental de la Contraloría General de la República –“vigilancia de la Hacienda Pública”-, resulta per se inconstitucional**”. (El destacado no es del original).*

Tal como aquí se comentó al analizar las sentencias **n.º1994-5445** y **n.º1998-998**, es significativo que la Sala aclara que el cercenamiento es inconstitucional cuando se refiera a la competencia constitucional, no a las que sobre la base del 184.5 se le puedan haber atribuido en normas *infra* constitucionales.

Pese a tal aclaración, esa mayoría entiende que las potestades en materia sancionatoria de funcionarios otorgadas por el constituyente son derivación de la competencia de vigilar la Hacienda Pública. En cambio, el magistrado Armijo Sancho salvó el voto y sus consideraciones resultan de especial interés, por cuanto ahí se puso de manifiesto que algunas de las atribuciones bajo análisis estaban en normas legales y no constitucionales:

*“Comparto parcialmente el criterio de la mayoría en su entendimiento sobre las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República sobre la vigilancia de la Hacienda Pública, pero discrepo en cuanto a sus alcances y, en concreto, **en cuanto a la aceptación del carácter vinculante de sus recomendaciones para imponer sanciones a los funcionarios, que no se origina en una disposición constitucional, sino legal –el artículo 68 de su Ley Orgánica-**”.*

Así, lo que se presenta aquí como un conflicto constitucional de competencias, me parece más bien una discusión sobre la constitucionalidad de esa norma legal, sobre todo por sus efectos y aplicación, frente a la autonomía del Tribunal Supremo de Elecciones, en la cual se involucra, además, una discusión de índole legal, sobre la derogatoria tácita de ese artículo por la Ley General de Control Interno.-

En síntesis, no encuentro un conflicto de competencias constitucionales, propiamente dicho, sino un reclamo por la inconstitucionalidad de una disposición legal, que debe discutirse en la vía correspondiente: la acción de inconstitucionalidad (...)

*En este sentido, acojo las razones expresadas por los Magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones, **porque considero que las competencias constitucionales de vigilancia de la Contraloría lo son sobre la Hacienda Pública, entendida como patrimonio, y sobre los entes u órganos en cuanto tales, pero no incluyo entre éstas la competencia disciplinaria sobre los funcionarios que es, esencialmente, una competencia de los jefes**. A la Contraloría, como órgano vigilante, le toca investigar y avisar de los agravios a la Hacienda Pública, pero la determinación e imposición de las sanciones disciplinarias no puede corresponder al vigilante, sino, en este caso, al jefe respectivo. Me parece falaz entender que la Contraloría General de la República no invade competencias propias del ente fiscalizado, con el argumento de que no lo sustituye, como administración activa, al imponer una sanción al funcionario, por el hecho de que el acto final sancionatorio sea dictado por el órgano o ente fiscalizado, porque el carácter vinculante de la recomendación de la Contraloría anula todo ejercicio de potestad sancionatoria o disciplinaria original y el órgano o ente únicamente ejecuta una sanción previamente impuesta por la Contraloría”. (El destacado no es del original).*

Este texto pone en evidencia la necesidad de distinguir si las atribuciones tienen origen constitucional o únicamente legal.

Sobre el control con criterios de conveniencia y oportunidad

Poco tiempo después, la Sala resuelve una acción interpuesta por el propio contralor general de la República, en la que impugnó varias normas que, a su juicio, no eran consistentes con la competencia y atribuciones constitucionales de ese órgano. Los cuestionamientos fueron los siguientes:

*"[S]olicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 11, párrafo quinto de la Ley número 7012 del cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco (Ley de Creación del Depósito Libre Comercial de Golfito); 2, 4 inciso j) y 8 inciso a) de la Ley número 7755 del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y ocho (Control de las partidas específicas con cargo al Presupuesto Nacional); 9 inciso 141 de la Ley de Presupuesto Ordinario número 6700; 35 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 6963; 31 y 99 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 6975; 51 y 57 de la Ley de Presupuesto número 6982; 28 y 61 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 6995; 39 incisos 11 y 25 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 7040; 21, 67, 71 y 78 de la Ley de Presupuesto número 7055; 22 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 7083; 13 incisos 1 y 43 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 7108; 20 de la Ley de Presupuesto Ordinario número 7216 y 20 de la Ley de Presupuesto Extraordinario número 7449. Alega que las normas cuestionadas de la Ley de Creación del Depósito Libre Comercial de Golfito y de la Ley de Control de las partidas específicas con cargo al Presupuesto Nacional **atribuyen funciones a la Contraloría General de la República que no se enmarcan dentro de la esfera de su competencia constitucional**. Asimismo, cuestiona una serie de disposiciones contenidas en leyes de Presupuesto Nacional que establecen atribuciones de fiscalización al señalado órgano en forma casuística y que, de toda suerte, contravienen la reiterada jurisprudencia sobre normas presupuestarias". (El destacado no es del original).*

En dicho proceso intervino la PGR y dejó plasmadas las siguientes consideraciones relacionadas con la competencia constitucional de la CGR:

*"Señala que **las normas que obligan a la Contraloría a ponderar la idoneidad de una organización privada para administrar fondos públicos, exceden el perfil que el Constituyente de 1949 estableció**. Añade que la ley que atribuye competencias a la Contraloría debe ser ordinaria y promulgada de acuerdo con los principios constitucionales en la materia. Expone que el artículo 184 de la Constitución Política define el marco constitucional de la Contraloría General de la República, que es el órgano administrativo cuya competencia está referida al control financiero y del gasto público. Que el Legislador no es totalmente libre para decidir qué competencia atribuir al órgano de control y que los límites del accionar legislativo son la naturaleza jurídica de la Contraloría y su especialidad funcional en orden a la actividad financiera pública y a los fondos públicos. Señala que la remisión constitucional al legislador no autoriza a éste para atribuir a la Contraloría cualquier competencia de control y mucho menos de administración activa, de modo que la Contraloría sólo puede verse atribuir competencias para realizar actos o actuaciones referidas a la actividad financiera, con el fin de lograr la corrección, regularidad, eficacia y eficiencia del accionar financiero público. Dice que la determinación de la idoneidad del beneficiario para satisfacer el fin público que se persigue con la transferencia de fondo es del resorte exclusivo de la administración activa, lo que es ajeno a la función de fiscalización constitucionalmente atribuida a la Contraloría General de la República y compromete la independencia funcional del órgano contralor". (El destacado no es del original).*

No obstante, por sentencia **n.º 2005-6910**, la Sala resolvió lo siguiente:

*"IV.- SOBRE EL FONDO.- DE LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.- En primer término la accionante cuestiona la constitucionalidad del artículo 11, párrafo quinto de la Ley de Creación del Depósito Libre Comercial de Golfito, que es la número 7012 del cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco y de los artículos 2 y 4 inciso j) de la Ley de Control de las Partidas Específicas con Cargo al Presupuesto Nacional, que es la número 7755 de veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y ocho, específicamente en cuanto atribuyen la función de calificación de las entidades privadas que administren recursos públicos a la Contraloría General de la República, por estimar que esa actividad corresponde a la administración activa y en consecuencia, contraviene por un lado la naturaleza del órgano contralor y por otro excede las funciones constitucionales de la Contraloría General de la República, enumeradas en el artículo 184 de la Constitución Política. **Del análisis de los artículos cuestionados, la Sala observa que la intervención de la Contraloría que establecen las normas es para garantizar que los recursos públicos que administran las entidades no gubernamentales se manejen según los criterios de sana administración y que se dé un uso correcto de los recursos públicos**. Contrario a lo que arguye el ente fiscalizador accionante y la Procuraduría General de la República en su informe, resulta acorde con los deberes y atribuciones del numeral 184 de la Constitución Política la función que mediante los artículos cuestionados se atribuye a la Contraloría General pues **la calificación o examen de la idoneidad de las entidades privadas relacionadas con el manejo y uso de fondos públicos es una actividad típica de fiscalización de la Hacienda Pública**, que permite garantizar la eficiencia del manejo de los fondos públicos, en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República. Es claro que tal función de calificación que realiza la Contraloría como consecuencia de lo dispuesto en los artículos cuestionados, es de control y de ningún modo sustituye la función administrativa de escoger a las empresas para el manejo de esos fondos, pues las partidas las asigna a dichas entidades privadas en el supuesto bajo análisis, la propia municipalidad respectiva en su condición de administración activa; siendo que la beneficiaria debe, para que le sea girada dicha partida, contar con la aprobación por parte de la Contraloría General de la República. Dicho mecanismo de selección de las personas a quienes se les asigna las partidas presupuestarias se entiende claramente de lo dispuesto artículo 2 cuestionado, según el cual las empresas beneficiarias son calificadas por el órgano contralor y "(...)son escogidas por las comunidades, siempre que sus propuestas se canalicen por medio de la municipalidad". En otras palabras, la elección de las empresas no gubernamentales la realiza la propia administración quedando sujeto o condicionado el giro de la partida a la empresa elegida a la calificación de idoneidad que hace el órgano contralor, lo que constituye un requisito de eficacia y enmarca dentro del ámbito de competencia que se atribuye a la Contraloría en el artículo 183 en relación con el 184,*

ambos de la Constitución Política. **Consecuente con lo expuesto, se concluye que las disposiciones cuestionadas no exceden el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República y procede declarar sin lugar la acción en cuanto a estos extremos**". (El destacado no es del original).

Esta sentencia es particularmente relevante porque la Sala amplía el campo de acción de la CGR, contra el parecer de la propia CGR y de la PGR. En concreto, señala que aquella debe ocuparse de una tarea que es de la administración activa: calibrar la idoneidad de entidades no gubernamentales^[7]. Por otro lado, cabe advertir que la Sala lo hace porque entiende que esto es parte del resguardo de la correcta administración de los fondos públicos. Esto lleva a la reflexión y destacar la importancia de discernir cuáles atribuciones están directa e inexorablemente vinculadas con la competencia constitucional y cuáles no.

La potestad sancionatoria de la CGR y vinculatoriedad de sus dictámenes

En la sentencia **n°.2006-13926** se volvió a cuestionar la constitucionalidad de la vinculatoriedad de los dictámenes de la CGR en lo relativo a la materia sancionatoria de funcionarios y se realizaron las siguientes consideraciones –con el mismo voto salvado del magistrado Armijo Sancho en los términos ya explicados–:

"V.- CONTINUACIÓN.- Cabe advertir que, es cierto que el principio de la imparcialidad es propio de los procedimientos administrativos –tal y como lo señaló este Tribunal en la citada sentencia número 2003-13140– que obliga a que las decisiones y resoluciones de los procedimientos administrativos sean adoptados bajo criterios de objetividad, previa garantía del reconocimiento de un debido proceso en el que el administrado halla podido ejercer su defensa de manera efectiva. Por ello, como bien lo afirma el accionante, resultan de aplicación los institutos jurídicos de los impedimentos, recusaciones e inhabilitaciones. Sin embargo es importante anotar que los procedimientos administrativos tienen una especial connotación, toda vez que en ellos, efectivamente, la Administración asume dos roles importantes, el de juez y parte, ya que le corresponde la instrucción de los asuntos, y también la decisión del mismo; sin que ello pueda estimarse violatorio del principio de la imparcialidad, porque precisamente se trata de una justicia que se inserta en el ámbito administrativo. Esa sola condición hace que sea imposible pretender que sea un órgano absolutamente abstraído del ámbito laboral o institucional en el que se dan los hechos investigados, en tanto, es precisamente esa condición la que permite la instrucción y conocimiento del procedimiento, en tanto no debe olvidarse que en la mayoría de los casos, se trata de procedimientos de índole disciplinaria o en relación con trámites que comprometen competencias que por mandato legal le han sido conferidas a la institución que conoce de estos procedimientos, en los que debe de resolver el jerarca o las dependencias a los que la ley les ha delegado esta competencia. **Especial consideración debe hacerse respecto de la potestad sancionatoria de la Contraloría, por cuanto esta imparcialidad está dada en atención a que es precisamente por mandato constitucional que se le impone la competencia de fiscalizar el manejo de los fondos públicos; con lo cual, se instituye en un órgano absolutamente objetivo y especializado en esta materia**, de modo semejante al órgano jurisdiccional en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional (resolución de conflictos con autoridad de cosa juzgada y ulterior ejecución de lo resuelto). En todo caso, no debe de olvidarse que la ulterior revisión en la vía jurisdiccional ordinaria –contencioso-administrativo– de lo resuelto en la vía administrativa se constituye en otra garantía para el administrado. Por último, se advierte que lo relativo a la violación concreta del principio de la imparcialidad en el procedimiento administrativo que instruye la Contraloría General de la República contra el accionante es un asunto que deberá de ventilarse en el recurso de amparo que sustenta esta acción, o en su defecto, en la vía ordinaria.

VI.- DE LA VINCULATORIEDAD DE LOS DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.- También se estima improcedente la impugnación de los artículos 4 y 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en tanto denota una confusión del accionante en atención a las prerrogativas que la Constitución Política le confiere a éste órgano constitucional de control y fiscalización de la hacienda pública, y que la ley se encarga de desarrollar. En efecto, se advierte que la vinculatoriedad de los dictámenes de la Contraloría está referida no a los estudios que anteceden un procedimiento administrativo –que corresponden a la etapa preliminar de los procedimientos administrativos–, sino a la decisión que resuelve ese procedimiento administrativo, en el que se determina la sanción a aplicar, en el que se dan plenas garantías del debido proceso, como lo señaló este Tribunal en la citada sentencia número 2003-13140.

"[...] la facultad impugnada se concreta como consecuencia de la aplicación de un procedimiento administrativo ordinario sancionador, en el que se dan pleno respeto y cumplimiento de las garantías del debido proceso, en el que el investigado puede ejercer de una forma efectiva su derecho de defensa, de manera que puede refutar los cargos que se le imputan, aportar la prueba que estime necesaria, acceder al expediente, formular los recursos que estime convenientes, y por supuesto, la motivación de todos los actos que se dicten; de manera que la potestad de emitir una recomendación vinculante, nace y se concreta, únicamente cuando la Contraloría tenga por acreditada la infracción de las normas que integran el ordenamiento de control y fiscalización (normas y principios constitucionales de la contratación administrativa y de la elaboración y ejecución del presupuesto, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y la Ley de Control Interno), o cuando constate una lesión a la Hacienda Pública;"

Lo anterior tiene sentido por cuanto se aclara al accionante que aún cuando se ha reconocido la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República, la misma está referida a iniciar, instruir y decidir ese procedimiento administrativo, de manera que no es el órgano encargado de aplicar la sanción al servidor sujeto de la fiscalización, sino la autoridad de la que depende –organizativa, disciplinaria y jerárquicamente– el sujeto requerido (superior jerarca). **Así, esta vinculatoriedad deriva de las mismas normas constitucionales –183 y 184–, esto es, del reconocimiento de la función de control y fiscalización de la hacienda pública que le ha sido otorgada –se insiste– por mandato constitucional a la Contraloría. Por ello, lejos de ser inconstitucionales son conformes con el Derecho de la Constitucional los artículos 4 y 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en tanto reconocen y disponen la vinculatoriedad de los dictámenes de este órgano constitucional**, como condición indispensable para que cumpla el cometido que la Carta Fundamental le ha encomendado". (El destacado no es del original).

En dicha resolución la Sala insistió en que la vinculatoriedad de los dictámenes de la CGR en materia sancionatoria de funcionarios son una derivación de su competencia constitucional de fiscalizar los fondos públicos.

La sentencia **n.º2007-6611** se pronunció sobre la impugnación de varios numerales de la LOCGR –nuevamente sobre la vinculatoriedad de tales dictámenes– toda vez que se cuestionó que “la potestad, atribución o competencia para que sus decisiones sean vinculantes para la administración activa, la convierte en coadministrador, en Administración activa”. Se acusó que la CGR solo puede controlar la legalidad de los actos y no la oportunidad, conveniencia o mérito de los mismos. Al examinar el agravio, se reiteraron las consideraciones realizadas en la sentencia **n.º2006-013926** sobre la vinculatoriedad de los dictámenes de la CGR y luego se agregó lo siguiente en lo relativo a la fiscalización sobre sujetos de derecho privado:

*“En relación con la vinculatoriedad de las resoluciones y recomendaciones emitidas por la Contraloría este Tribunal, en la sentencia transcrita parcialmente, manifestó su conformidad con esa vinculatoriedad la cual tiene origen constitucional. En este sentido, la potestad contenida en el artículo 7º, según la cual la Contraloría puede ordenar la imposición de sanciones contra sujetos de derecho privado cuando concurren las circunstancias descritas en la norma, no es más que **reflejo de esa potestad fiscalizadora cuyo fundamento es el interés de la comunidad en evaluar cómo han sido administrados los fondos públicos que han sido confiados a terceros, sean funcionarios públicos o sujetos de derecho privado**. En estos supuestos, es evidente que la intervención de la Contraloría se origina en el interés general que existe de por medio y que legitima esa intervención”. (El destacado no es del original).*

La Sala –con una nota del magistrado Armijo Sancho en los términos ya explicados *supra*– consideró que esa posibilidad de fiscalización sobre sujetos de derecho privado se asienta en el interés de velar por la sana administración de los fondos públicos que podrían ser confiados a esos sujetos.

Alcance de las potestades de CGR: control de legalidad y de eficiencia

En esa misma sentencia se realizó un desarrollo sobre las potestades de control de la CGR, enfatizándose que su competencia de vigilar la Hacienda Pública es una garantía en nuestro modelo de Estado de Derecho para potenciar el adecuado y eficiente uso de los fondos públicos, en beneficio del interés general. Pese a su extensión, merece transcribirse el siguiente pasaje:

*“La existencia de una Administración sometida al principio de legalidad, cuyo objetivo sea la satisfacción del interés general con respeto a los derechos fundamentales y dentro de los límites legales, es un modelo consustancial al Estado Social Democrático de Derecho. Así, la **declaración constitucional de la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores, es una de las garantías de ese modelo de Estado**. En la sentencia número 9524-99 de las 9:06 minutos del 3 de diciembre de 1999 esta Sala señaló que la independencia funcional que la Constitución Política otorga a la Contraloría General permite a ésta “...definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98”.*

La fiscalización o vigilancia de la Hacienda Pública solo es posible en un ordenamiento donde el Derecho no solo rige la actuación del Estado, sino que fundamenta y limita su ejercicio. En este sentido, las competencias atribuidas por el legislador a la Contraloría General a través de su Ley Orgánica reflejan su propósito de potenciar su naturaleza de “órgano constitucional fundamental del Estado...en el control superior de la Hacienda Pública”, así como la rectoría del sistema de fiscalización (artículo 1). Ese carácter “superior” del control deriva de la posición institucional que la Contraloría General ocupa en relación con los otros organismos que pueden ejercer control en este caso, lo que es reafirmado a través de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría, dirigidas a regular y organizar el sistema de fiscalización del país.

*El accionante manifiesta que la Contraloría es “... un órgano que solo puede controlar la legalidad de los actos y no la oportunidad, conveniencia o mérito.” El Tribunal no comparte tal afirmación. El sistema de fiscalización contenido en la Constitución Política y desarrollado por el legislador va más allá del “control de legalidad”, **pues se trata de garantizar la adecuada administración de los fondos públicos**.*

***La función de vigilancia tiene como fundamento el derecho de los ciudadanos de evaluar cómo se están administrando los recursos públicos que han sido confiados al Estado.** Precizando el concepto de vigilancia, la Real Academia de la Lengua lo define como “el cuidado y la atención exacta en las cosas que están a cargo de uno” (Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, T. II, Madrid, 1992, p. 2090). Evidentemente, tratándose de fondos públicos no debe existir límite alguno a ese “cuidado y atención exacta”. Todo lo contrario, una vez otorgada la potestad de vigilancia ésta ha de entenderse en el más amplio sentido de la palabra, excepto disposición contraria al respecto y debe potenciarse su efectividad a través de mecanismos que aseguren su cumplimiento.*

*Ahora bien, cuando la Constitución atribuye a la Contraloría la función de “vigilancia de la Hacienda Pública”, no define cuáles potestades puede ejercer ese órgano con el propósito de llevar a cabo esa vigilancia de manera efectiva; tampoco define el contenido del control. **En tal sentido, si bien es indudable que la “conveniencia y la oportunidad” de la utilización de los fondos públicos es un asunto que compete primordialmente a la administración, esa oportunidad y conveniencia debe determinarse racionalmente. Y la razonabilidad de las decisiones administrativas radicará en la utilización eficiente de los recursos públicos, en tanto se trata de los recursos de la comunidad en su conjunto.***

*En este sentido, en la sentencia 5825-97 de 14:06 hrs. del 19 de septiembre, al analizar la constitucionalidad de un reglamento emitido por la Contraloría para regular los gastos de transporte y viáticos de los funcionarios públicos, la Sala señaló que la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública encomendada a la Contraloría abarca el control de eficiencia de la Administración. **Ello por cuanto al estar de por medio los recursos de todos los costarricense, el control que se ejerce sobre ellos es de orden público, como bien lo ha señalado este Tribunal. Así los fondos públicos deben ser administrados no sólo de conformidad con el principio de legalidad, sino de manera eficiente y con claro respeto a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia.** (...)*

Es así como la potestad de vigilancia de la Contraloría General sobre la Hacienda Pública va más allá del mero control de legalidad, pues **su objetivo es garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. El control de eficiencia permite determinar la utilización o no utilización de reglas de administración adecuadas en el manejo de los fondos públicos.**

Evidentemente **esa potestad de vigilancia, que en última instancia tiene como objetivo atacar cualquier forma de corrupción, será tan exitosa como amplias sean las potestades de fiscalización sobre el uso de los fondos públicos, lo cual involucra necesariamente el control de eficiencia de estos fondos,** máxime en el caso de los beneficios transferidos del sector público al sector privado, donde el traslado de fondos debe estar motivado en objetivos de bienestar general.

La vigilancia que ejerce la Contraloría sobre el uso de los fondos públicos es fundamental, pues su utilización tiene como objetivo procurar el bienestar general de la comunidad. Sería ilegítimo e inconstitucional que tales fondos se destinaran a la satisfacción de intereses privados o que fueran despilarrados o empleados para fines no necesarios. No en balde esta Sala ha señalado claramente que cuando estén de por medio fondos públicos "(...), el control que se ejerza sobre ellos es, sin lugar a dudas, un asunto de orden público" (Voto No. 2864-92 de las quince horas del nueve de septiembre de mil novecientos noventa y dos)" (El destacado no es del original).

Todos los extractos subrayados ponen de manifiesto la importante labor confiada a la CGR, en lo relativo al manejo de los fondos públicos y el sistema de control diseñado para garantizar su uso eficiente, justamente en resguardo de la Hacienda Pública.

Otra modulación del refrendo: el plazo

En la opinión consultiva **n.º2008-10450** la Sala se pronunció sobre el proyecto de "Ley Reguladora del Mercado de Seguros", expediente legislativo n.º16.305 –relativo a la Agenda de Implementación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos–. En dicha consulta se planteó el siguiente agravio:

"[Q]ue para los contratos que requieran la aprobación de la Contraloría, se deberá resolver en un plazo de quince días hábiles a partir de la presentación de la solicitud ante la administración, de lo contrario se aplicaría el silencio positivo. Alegan que esa norma limita las potestades de la Contraloría en cuanto a la fiscalización de la Hacienda Pública, ya que el plazo de quince días para otorgar un refrendo es un plazo muy corto, desproporcionado e irracional".

La cuestión era si esa reducción en los plazos para ejercer el refrendo contralor implicaba una lesión a la fiscalización de la Hacienda Pública, y la mayoría del Tribunal desestimó el agravio atendiendo a la especial condición en que se encontraría el Instituto Nacional de Seguros (INS) frente a la apertura del régimen en competencia. En lo atinente a este punto, en primer lugar, la Sala se refirió a la figura del refrendo como un control destinado a evitar una incorrección o ilegalidad en la disposición de los fondos públicos:

"El refrendo contralor es una manifestación específica de la figura dogmática de la aprobación, por lo que comparte las características de ese instituto en el sentido de fungir como un requisito de eficacia que se produce, desde una perspectiva temporal, ex post a la adopción de la conducta fiscalizada. El refrendo, constituye también, una expresión jurídica particular de la denominada tutela administrativa y por tanto de la implementación de una técnica de fiscalización. Así, a través del refrendo, la Contraloría General de la República ejerce una fiscalización o control sobre los actos de los sujetos pasivos que puedan comprometer la Hacienda Pública o los presupuestos públicos, como una forma de garantizar la corrección, transparencia y legalidad en la gestión financiera. Para el caso de los contratos administrativos, el referendo se produce después de dictado el acto de adjudicación o de la etapa de perfección del contrato, esto es, cuando el mismo resulta válido por ser sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, de modo que la Contraloría General de la República a través de esa figura examina y verifica que el clausulado del contrato debidamente formalizado se ajuste al bloque de legalidad, esto es, al cartel de la licitación que es la regulación o normativa específica del contrato respectivo, la oferta formulada, la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento y, en general, con el resto del ordenamiento jurídico administrativo. **El propósito o fin esencial del refrendo es evitar que las obligaciones contraídas por las Administraciones Públicas en los contratos administrativos, debidamente asentadas o formalizadas, se contrapongan al ordenamiento jurídico administrativo y que, por consiguiente, se produzca una incorrección o ilegalidad en la disposición de los fondos públicos.** De modo que a través de la improbación del contrato la Contraloría General de la República debe señalarle a la Administración activa los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo". (El destacado no es del original).

Luego, hizo las siguientes consideraciones en relación con las contrataciones del INS, admitiéndose como legítimo el establecimiento de plazos más cortos para la aprobación del órgano contralor:

"Resulta razonable a criterio de este Tribunal, que las contrataciones que realice el Instituto Nacional de Seguros y deba aprobar la Contraloría General de la República, **deban contar también con un plazo más expedito, de manera que no se vaya a entorpecer su labor retardando el servicio que debe brindar esta institución.** La apertura del monopolio de seguros y el fortalecimiento como parámetro impuesto por los mismos costarricenses vía referéndum, obligan a reformar estructuralmente el régimen de contratación de esta institución autónoma. No se trata de reducir los controles y dejar al arbitrio la contratación de la administración, sino que en este caso concreto, la decisión político-económica asumida por nuestro país, amerita el requerimiento de disposiciones especiales para que esta institución pueda cumplir en un marco muy distinto al monopolio. En todo caso, el artículo cuestionado señala en primer término que el plazo de los quince días corre a partir de la presentación de la solicitud, "... siempre que se hayan cumplido los procedimientos de ley,..." esto significa que la solicitud del administrado debe venir completa y dentro de los supuestos regulados para que opere efectivamente. De modo que no estamos frente a una autorización abierta. Por otro lado, aunque la regla general en caso de no pronunciarse y habiendo cumplido los requisitos sea la aprobación, la Contraloría conserva sus facultades de fiscalización y verificación. Los razonamientos esgrimidos en cuando al recorte de los plazos para refrendar o resolver los recursos por una cuestión de capacidad instalada, resultan inadmisibles también para esta Sala, en virtud de que como ya fue indicado, se trata de una medida necesaria y los plazos señalados no son irrazonables, ni desproporcionados tomando en consideración que estos plazos serán únicamente aplicados a las contrataciones del Instituto Nacional de Seguros, no

a toda la Administración Pública. Además se trata de 15 días hábiles, o sea tres semanas, que no dista significativamente del plazo ordinario de un mes, el cual tampoco es un período irrazonable. Aunado a lo anterior, la Contraloría General de la República es un órgano auxiliar y adscrito a la Asamblea Legislativa, de modo que, si este Poder, dentro de su ámbito de discrecionalidad, requiere del órgano contralor mayor agilidad y rapidez en el ejercicio de sus funciones, también debe dotarlo de los recursos necesarios, a fin de dar cumplimiento al mandato que se le encomienda". (El destacado no es del original).

El control de conveniencia y oportunidad en contratación administrativa

En dicha consulta también se planteó si resultaba inconstitucional que la CGR realizara valoraciones de oportunidad y conveniencia o mérito de las contrataciones administrativas. Por mayoría se resolvió que tales atribuciones no eran inconstitucionales y bien podría el legislador establecer tales posibilidades:

"Violación de los artículos 183 y 184 Constitucionales, por atribuirle a la Contraloría General de la República la facultad de analizar cuestiones relativas a la oportunidad, conveniencia o mérito de la contratación.

*Reclaman los diputados consultantes que el inciso b) del artículo 8 (contenido en el artículo 52) del proyecto de ley, al establecer que: "La Contraloría General de la República no podrá improbar los contratos mencionados en el párrafo anterior, a partir de valoraciones de oportunidad y conveniencia relativas a aspectos técnicos del objeto de la contratación, salvo cuando mediante un dictamen técnico pericial constante una amenaza al interés general o se esté ante un supuesto de ilegalidad", lesiona los artículos 183 y 184 de la Constitución Política pues las facultades de control que la Constitución Política le atribuye a la Contraloría General de la República no son de oportunidad, conveniencia o mérito, sino de legalidad. Con el fin de analizar lo acusado debemos referirnos previamente a las competencias que tiene este órgano constitucional. La Asamblea Nacional Constituyente, al crear la Contraloría General de la República como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, le confirió la tarea de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública –artículo 183 constitucional-, en cuanto le corresponde verificar la correcta utilización de los fondos públicos. El fundamento normativo de esta competencia especial deriva de lo dispuesto en los artículos 183 y 184 constitucionales, y de su desarrollo normativo, tanto en la primera Ley Orgánica de esta institución -número 1253 de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, que en sus artículos 2 y 3 inciso k) le confirió a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente, para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa); como así también en Ley Orgánica vigente y en la Ley de la Administración Financiera de la República. En este caso, **el Legislador tomando en consideración que declaraba la procedencia del silencio positivo y con ello la atenuación de los controles existentes, le confiere la potestad expresa, de improbar aquellos contratos en los que estime se ha producido una amenaza al interés general o un supuesto de ilegalidad a partir de valoraciones de oportunidad y conveniencia, lo cual es un asunto de técnica discrecional del legislador, que en modo alguno contraría la función constitucional que le ha sido encomendada a esta institución a través de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política.** De manera que, no resulta pertinente en criterio de esta Sala referirse a este aspecto, pues el Legislador está plenamente facultado, **no solo como Legislador, sino también como Poder al que está adscrito la Contraloría, para regular los alcances del control y la fiscalización de la Hacienda Pública, bajo criterios, también, de conveniencia y oportunidad.** Por consiguiente, en lo que atañe a esta jurisdicción, no se produce con lo acusado, lesión constitucional alguna en este sentido. El Magistrado Armijo Sancho salva el voto y considera que la situación planteada por los diputados consultantes es inconstitucional". (El destacado no es del original).*

En este aspecto, el magistrado Armijo Sancho salvó el voto al estimar que el control de la CGR debe enmarcarse en un plano de legalidad, no de oportunidad, conveniencia o mérito:

"Al analizarse la norma consultada fácilmente se deduce su inconstitucionalidad en cuanto autoriza a la Contraloría General de la República para efectuar, bajo determinadas circunstancias, un control sobre la oportunidad, conveniencia o mérito de las contrataciones que realice el Instituto Nacional de Seguros, pese a que las competencias constitucionales de que goza este Órgano están referidas a un plano de legalidad".

En todo caso, debe entenderse que cuando la mayoría de Sala dice que "el Legislador está plenamente facultado, no solo como Legislador, sino también como Poder al que está adscrito la Contraloría, para regular los alcances del control y la fiscalización de la Hacienda Pública, bajo criterios, también, de conveniencia y oportunidad", "lo cual es un asunto de técnica discrecional del legislador, que en modo alguno contraría la función constitucional que le ha sido encomendada a esta institución a través de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política", no está afirmando que esto sea exigido por la Constitución, sino que bien puede el legislador otorgarle esa atribución: la de hacer un control con criterios de conveniencia y oportunidad. De lo que se debe deducir que también puede quitársela sin lesión de la Constitución.

Otra modulación del ejercicio del refrendo: procedencia, momento y plazo

En la opinión consultiva **n.º2008-11210** la Sala se pronunció sobre el proyecto de "Ley de fortalecimiento y modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones". En dicha opinión se refirió, entre otros temas, al refrendo contralor en los contratos de fideicomiso del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y el plazo para emitirlo. En lo conducente, dijo lo siguiente:

"REFRENDO CONTRALOR EN CONTRATOS DE FIDEICOMISO Y PLAZO PARA EMITIRLO. Los consultantes cuestionan una serie de aspectos con relación al refrendo contralor contenido en el proyecto de ley. Es preciso señalar que el desarrollo del refrendo contralor como una forma específica de aprobación, en el ejercicio de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva ejercida por la Contraloría General de la República, que dota de eficacia a determinados actos, **es una cuestión de legalidad ordinaria, salvo los supuestos genéricos en que el constituyente originario lo impone.** Consecuentemente, si en el caso de los contratos de fideicomiso se debe enviar los presupuestos de ingresos y egresos a la Contraloría General de la República para efectos informativos es una cuestión en la que el legislador ordinario tiene discrecionalidad o libertad de conformación. De otra parte, la Contraloría General de la República a partir de la recepción de esa información, está plenamente facultada para incoar cualquier investigación si detecta alguna irregularidad. En todo caso, obsérvese que el artículo 11, párrafo 3º, del proyecto de ley dispone

que “La actividad contractual de tales fideicomisos constituidos en el país, estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación administrativa (...)”, asimismo, el párrafo 2° somete los fideicomisos constituidos a la fiscalización y supervisión de la Superintendencia Financiera, lo cual tiene pleno sentido por cuanto se trata de un contrato bancario o financiero. En cuanto a la proyección del derecho interno a los contratos de fideicomiso constituidos en el exterior, es menester indicar que éste, por principios básicos y elementales del Derecho Internacional Público y Privado, tiene una vigencia espacial claramente acotada, de modo que no puede pretenderse su aplicación extraterritorial a las relaciones jurídico financieras que se celebran en el extranjero, ahora bien esto no impide que los órganos de control y fiscalización interno puedan solicitar la información que estimen pertinente acerca de la formalización y ejecución de los contratos concertados en el exterior al tratarse de fondos o recursos públicos de carácter nacional. En suma, **debe entenderse que la Contraloría General de la República conserva y mantiene su potestad constitucional de fiscalización, debiendo el ente público supervisado brindar información financiera, incluso, de los fideicomisos constituidos en el extranjero, en cuanto se trata, en último término, del manejo y uso de recursos públicos de origen costarricense. Tocante al tipo de control que debe ejercer la Contraloría General de la República, ciertamente por el artículo 183 constitucional le compete la vigilancia de la Hacienda Pública, sin embargo salvo lo señalado en el ordinal 184 constitucional, el constituyente originario en vista de la textura abierta inherente al texto fundamental no indicó que los controles debían ser ex ante o ex post, de modo que sobre el particular el legislador ordinario tiene un amplio margen de libertad o discrecionalidad en la regulación legislativa del tema.** En punto al plazo que no exceda de 20 días hábiles para emitir el refrendo contralor en las licitaciones públicas del ICE y sus empresas, por virtud de lo establecido en el artículo 29, párrafo 1°, del proyecto consultado, se trata de una cuestión reservada a la libertad de conformación del legislador que no puede ser cuestionada en esta sede. Tampoco resulta inconstitucional que la ley ordinaria le reserve al reglamento la definición de los requisitos de la solicitud del refrendo, lo cual resulta congruente con el carácter general y abstracto de la ley que no debe ser reglamentista. Como se indicó supra, salvo algunas excepciones puntuales de orden constitucional, la regulación de refrendo es una cuestión de legalidad ordinaria librada a la ley y el reglamento, el refrendo contralor es una institución emplazada en la parte orgánica de la constitución y no puede entenderse bajo ningún concepto, como sucede con la parte dogmática, esto es, el régimen de los derechos fundamentales, que sea reserva de ley. Por último **cabe señalar que la circunstancia de que las modificaciones contractuales estén sujetas a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República, no roza el Derecho de la Constitución, por cuanto, como se apuntó, el constituyente no dispuso que en esta materia la supervisión o fiscalización fuera, necesariamente, a priori, de modo que el legislador ordinario tiene libertad de establecer controles posteriores cuando lo estime oportuno y conveniente para agilizar y flexibilizar la actividad o giro de un ente público o de un sector de éstos, sobre todo si intervendrán en el mercado en régimen de libre competencia con otros actores privados**.” (El destacado no es del original).

Adicionalmente, se cuestionó si resultaba inconstitucional que la CGR realizara un control posterior, en lugar de un control previo, y la Sala determinó que sobre el particular no había una regla constitucional, por lo que el legislador podía definirlo conforme a su libertad de configuración:

“INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 183 CONSTITUCIONAL AL ESTABLECERSE LA MODALIDAD DEL CONTROL POSTERIOR. Concretamente cuestionan el artículo 20, párrafo 5°, del proyecto el cual se ubica en el Capítulo IV denominado “Régimen especial de contratación administrativa”, el cual dispone lo siguiente “La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad del control posterior”. El punto medular de este extremo de la consulta consiste en determinar si el constituyente originario o el poder reformador establecieron con rango constitucional un control o fiscalización a priori. El Título XIII de la Constitución se denomina “Hacienda Pública” siendo que el Capítulo II se intitula “La Contraloría General de la República” y se conforma por los artículos 183 y 184. En el artículo 183 constitucional ciertamente se la asigna a la Contraloría General de la República la “vigilancia de la Hacienda Pública”, no obstante este precepto no dispone expresamente que el control en materia de contratación administrativa debe ser a priori o ex ante, deja abierta la posibilidad, también, de una supervisión o fiscalización a posteriori, precisamente la textura abierta del precepto constitucional le permite al legislador optar, en el ejercicio de su libertad de configuración, por una modalidad de control preventivo o posterior. El artículo 184 constitucional hace un elenco de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República, siendo que en ninguno de sus incisos se refiere el control en materia de contratación administrativa, este tema puede ser ubicado en la cláusula residual del inciso 5° al disponer que es atribución de la Contraloría “Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen”, **consecuentemente el establecimiento del tipo o modalidad de control en materia de contratación administrativa es una cuestión que está librada a la libertad de conformación del legislador. Bajo esta inteligencia, la modalidad del control posterior en materia de contratación contenido en el proyecto de ley no infringe el Derecho de la Constitución**.” (El destacado no es del original).

En esa opinión consultiva se consideró que la siguiente frase “la Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad de control posterior” no era inconstitucional, pues se estimó que la Constitución Política no había diseñado un modelo concreto de control, por lo que este puede ser regulado por el legislador en el sentido de que sea previo o posterior. Lo anterior debe ser visto en el entendido que no se despoje a la CGR de sus atribuciones constitucionales.

La potestad sancionatoria sobre funcionarios municipales

En las sentencias números **2015-014973**, **2015-014974** y **2015-014975** la Sala resolvió las acciones de inconstitucionalidad planteadas por alcaldes municipales, en las que se cuestionó la potestad sancionatoria de la CGR. Realizando un repaso de su jurisprudencia, la mayoría –con el voto salvado del magistrado Armijo Sancho– concluyó lo siguiente:

“La Sala ha considerado conforme con la Constitución tanto la norma impugnada como su aplicación. Así, por ejemplo, con ocasión del conflicto de competencias formulado por el Tribunal Supremo de Elecciones, tramitado bajo expediente número 04-000528-0007-CO, en el cual la Sala consideró que ésta tiene competencias suficientes, con asidero constitucional, para incoar e instruir procedimientos administrativos a los funcionarios del Tribunal Supremo de Elecciones y recomendar, de forma vinculante, a éste la imposición de una sanción, cuando se les atribuya una falta o lesión a la Hacienda Pública o a su ordenamiento de control y

fiscalización (v. sentencia 2014-2199 de 12:59 horas de 27 de febrero de 2004). Y, más recientemente, la Sala ha confirmado la aplicación de sanciones dispuestas por la Contraloría General de la República a funcionarios de elección popular, entre otras, las sentencias número 2013008671 de nueve horas cinco minutos del veintiocho de junio de dos mil trece y 2015-001780 de 11:34 de 6 de febrero de 2015. En esta última, de forma contundente, **la Sala afirmó que la Contraloría tiene competencias sancionadoras en contra de los funcionarios municipales, incluidos los de elección popular, (como lo sería el Alcalde Municipal), y ello es acorde a las competencias que constitucionalmente se le han asignado a tal órgano contralor de vigilante de la Hacienda Pública, y con el principio de responsabilidad y el deber de probidad a que están sujetos todos los funcionarios públicos**. (El destacado no es del original).

La variada tipología de contrataciones no exime del control de la CGR

En la sentencia **n.º 2016-7360** la Sala advirtió que el hecho de establecer un modelo regulatorio específico de contratación administrativa no lesionaba *per se* la Constitución Política, pues el constituyente dispuso la libertad en cuanto a los tipos de contratación administrativa, y ello no excluye la necesaria fiscalización por parte de la CGR:

*“De otra parte, debe recalcar que, aun cuando se permita al Incofer un modelo especial para la contratación administrativa, lo cierto es que, no se excluye de los controles constitucionalmente atribuidos a la Contraloría General de la República, situación abordada en la sentencia citada. Bajo esta inteligencia, la modalidad de contratación contenido en el proyecto de ley no infringe el Derecho de la Constitución **pues la utilización de un régimen de contratación similar al de otra institución, no configura una inconstitucionalidad, solo es una modalidad de contratación, dentro de diversas tipologías, cuyo contenido no excluye las exigencias ineludibles de la constitución. Los controles y evaluaciones del órgano contralor y las exigencias de transparencia se mantienen inalterables**”.* (El destacado no es del original).

El límite al traslado del refrendo contralor: no puede ser absoluto

En la opinión consultiva **n.º 2018-2396** la mayoría de la Sala dictaminó que era inconstitucional una iniciativa que señalaba: la “emisión del refrendo estará a cargo de las asesorías jurídicas institucionales”. Al respecto, la mayoría estimó que esa delegación absoluta resultaba inconstitucional^[8].

B.- Líneas jurisprudenciales detectadas

Según el análisis efectuado, es posible detectar que las líneas jurisprudenciales de la Sala sobre la CGR han ido en tres direcciones: 1) fortalecer y legitimar el ejercicio de la competencia constitucional de vigilar la Hacienda Pública, 2) avalar nuevas funciones atribuidas por el legislador y 3) admitir nuevas lecturas sobre el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

a Fortalecer a la CGR en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales

En resoluciones anteriores y posteriores a la LOCGR de 1994, la Sala ha recordado el papel principalísimo de la CGR, fortaleciendo así su figura en el entramado institucional de nuestro país. Por ejemplo, ha indicado que aun en ausencia de ciertas disposiciones legales que desarrollen las competencias de ese órgano, este fue empoderado por el propio constituyente para la fiscalización superior de la Hacienda Pública (**n.º 1998-0998**) y ha indicado que su control es un asunto de orden público (**n.º 1992-2864**). Ha reconocido la singular función de ese órgano en materia de contratación administrativa (**n.º 1991-2398**, **n.º 1992-2864**). Ha confirmado que la CGR tiene la posibilidad de revisar libros de contabilidad y sus anexos (**n.º 1992-660**). También ha dicho que sus labores no son meramente burocráticas o mecánicas, sino que el ejercicio de sus atribuciones debe ser real. En palabras de este Tribunal, la CGR “tiene en relación con los fondos públicos una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple ‘aprobación’, puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales” (**n.º 1994-2430**).

La Sala ha entendido que no corresponde que el legislador reduzca atribuciones legales que están directamente relacionadas con el ejercicio de la competencia constitucional (**n.º 1998-0998**), aunque ciertamente luego lo dijo refiriéndose a la potestad sancionatoria (**n.º 2004-2199**), del que no es tan claro su fundamento directamente constitucional. Esto es, no que no sea conforme a la Constitución, sino que sea exigido, derivado directamente de esta.

La Sala ha dicho que la variada tipología de contratación administrativa no lesiona el alcance de la labor fiscalizadora de la CGR (**n.º 2016-7360**).

Además, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de que el control de los fondos públicos no se refiere exclusivamente a aspectos legales, sino también de eficiencia. Por ejemplo, en un primer momento, al analizar las atribuciones de la CGR sobre las corporaciones municipales, dijo que ese órgano únicamente podía aprobar o improbar los presupuestos con “prescindencia de toda alusión a las cuestiones de conveniencia, oportunidad, rentabilidad o eficiencia” (**n.º 1999-5445**), pero más recientemente consideró que la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública encomendada a la CGR abarca el control de eficiencia de la Administración, por cuanto, al estar de por medio los recursos de todos los costarricenses, el control que se ejerce sobre estos es de orden público. Al respecto, en cuanto a la potestad sancionatoria de funcionarios públicos enfatizó que “los fondos públicos deben ser administrados no sólo de conformidad con el principio de legalidad, sino de manera eficiente y con claro respeto a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia” (**n.º 2007-6611**) y luego en materia de contratación administrativa señaló algo semejante (**n.º 2008-10450**).

La jurisprudencia de esta Sala también ha fortalecido a la CGR en materia de contratación administrativa al considerar inconstitucional que se restasen atribuciones a ese órgano para trasladarlas a la Superintendencia General de Entidades Financieras (**n.º 1998-5947**) y, pese a que ha admitido una modulación sobre el ejercicio del refrendo (**n.º 1999-9524**), ha insistido en que esta es una atribución constitucional que no puede ser trasladada a las administraciones activas de manera absoluta (**n.º 2018-2396**).

b Avalar nuevas funciones atribuidas a la CGR por el legislador

Ante todo, es preciso recordar que la Sala ha distinguido entre atribuciones constitucionales (art. 184.1 al art. 184.4) y aquellas que se derivan del ejercicio de la potestad legislativa prevista en el art. 184.5 (n.º1995-5120), *advirtiendo que las atribuciones de origen legal “debe realizarse en asuntos relacionados en términos generales con su especialidad”*. En el mismo sentido, ha reiterado que unos controles surgen de la ley (se diría que en virtud del art. 184.5) y otros se derivan implícitamente de disposiciones constitucionales (n.º1999-5445), también plasmadas en la ley.

La Sala ha admitido la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales que facultan a la CGR a investigar y fiscalizar eventuales faltas o responsabilidades de aquellos servidores públicos que custodian o administran bienes o valores del Estado y, dentro de ello, investigar la legalidad financiera de las actuaciones de los servidores públicos (n.º1994-3607) y ejercer la potestad sancionatoria (n.º2003-13140). Lo anterior incluso si se trata de funcionarios de instituciones autónomas (n.º1995-016, n.º2001-4835), de elección popular como síndicos y regidores (n.º2000-06326) y alcaldes (n.º2015-014973, 2015-014974 y 2015-014975), del TSE (n.º2004-2199) y sujetos de derecho privado en las condiciones ahí establecidas (n.º2007-6611). En ese sentido, ha insistido en la vinculatoriedad de los dictámenes para sancionar a servidores públicos que han perpetrado actos que conllevan un mal uso de los fondos públicos (n.º2006-13926 y n.º2007-6611).

La Sala ha admitido la posibilidad de que la CGR fiscalice los presupuestos ya no solo de la República, municipalidades e instituciones autónomas (lo que es una atribución constitucional, art. 184.2), sino también de las empresas públicas (n.º1995-2632).

Asimismo, ha reconocido como válidas las potestades reglamentarias en lo atinente a la materia de gasto público, por ejemplo, en lo relativo al Reglamento de los Gastos de Transporte y Viáticos de los Funcionarios Públicos, o a la potestad reglamentaria para determinar la racionalidad de los gastos, límites y legalidad de estos (n.º1997-5825). También admitió la potestad reglamentaria o la posibilidad de girar directrices generales para hacer efectivo el control de la Hacienda Pública, específicamente en asuntos contables, financieros o mecanismos para el efectivo control de la contratación administrativa (n.º2000-3027) y que este control se haga con criterios de conveniencia y oportunidad (n.º2008-10450).

La Sala, pese a lo aducido por la propia CGR y la PGR, entendió que no había lesión constitucional por la atribución legal a la CGR para que realice la calificación o el examen de la idoneidad de las entidades privadas que resguardan fondos públicos (n.º2005-6910).

Además, se admitió la atribución de recibir informes periódicos sobre las contrataciones realizadas por las administraciones. Lo anterior para que, a partir de esa información general aportada, se puedan poner en funcionamiento sus facultades para “examinar, aprobar o improbar” la actividad contractual realizada por la administración (n.º1998-998).

Respecto del alcance de los propios controles ha avalado que se ejerzan sobre el mérito, oportunidad y eficiencia (n.º1999-1903, n.º2008-10450).

Este Tribunal ha tenido por legítima la intervención de la CGR en la emisión de los dictámenes correspondientes para anular actos administrativos que puedan afectar la Hacienda Pública (n.º2003-13140).

c Admitir modulaciones sobre el ejercicio de una atribución constitucional.

En lo relativo al refrendo contralor, aceptó que se modulan algunos aspectos del ejercicio de esa atribución constitucional (n.º1999-9524), *pues* admitió que es constitucionalmente posible que –en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate– la CGR establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad de refrendar los contratos del Estado. Es decir, si bien se podría pensar que en la mente del constituyente estaba la idea de que ese órgano debía refrendar todos los contratos de la Administración Pública^[9], bajo la consideración del crecimiento del aparato estatal, la Sala entendió que no se lesionaba la Constitución si la propia CGR determina cuáles contratos debía conocer directamente y refrendar, y cuáles no. En este sentido, como se ha dicho, avaló un amplio alcance de la potestad reglamentaria en esta materia (n.º2000-3027). Asimismo, la Sala ha dicho que es legítimo el acortamiento de ciertos plazos en beneficio de las instituciones que lo requieran para garantizar su permanencia en un mercado en competencia (n.º2008-10450). Expresamente admitió que se atenúa el control, pues, si en el plazo determinado no se da el refrendo, opera el silencio positivo, pero, en contraposición, se le confiere la potestad expresa de improbar aquellos contratos en los que estime se ha producido una amenaza al interés general o un supuesto de ilegalidad a partir de valoraciones de oportunidad y conveniencia que ese órgano realice.

En lo relativo al refrendo contralor en contratos de fideicomiso del ICE también se admitió como legítimo que se sustituyera el refrendo por la remisión de los presupuestos de ingresos y egresos a la CGR para efectos informativos. En ese aspecto, se avaló que los controles –que no hay duda deben existir– pueden ser previos o posteriores porque, a juicio de la Sala, la Constitución Política nada dice al respecto, por lo que el legislador cuenta con un amplio margen de libertad o discrecionalidad a la hora de regular la materia (n.º2008-11210).

C.- Coincidencias y diferencias con la mayoría respecto del análisis jurisprudencial

A la luz del análisis realizado, ahora corresponde destacar los puntos esenciales en los que se coincide con la mayoría –que son los más– y los aspectos en los que se difiere –que no son menores–.

En primer término, como no podía ser de otro modo, pues lo establece expresamente el art. 183 de la Constitución, se coincide en que efectivamente la CGR es el órgano creado para el control y la fiscalización de la Hacienda Pública, con independencia funcional y administrativa de la Asamblea Legislativa para el desempeño de sus funciones. Esta norma señala cuál es la competencia constitucional, el fin para el que fue creado: la vigilancia sobre la Hacienda Pública. En el ejercicio de esa función es insustituible y su labor es determinante para la estabilidad del Estado de Derecho y el resguardo de las competencias de la CGR tiene relación con el derecho de los ciudadanos a evaluar cómo se administran los fondos públicos. Hay, por tanto, plena coincidencia de esta

minoría con la mayoría en señalar la importancia de los controles sobre el uso de los fondos públicos, en beneficio de toda la colectividad nacional. También consideramos que la fiscalización debe ser estricta –superior, jurídica y financiera–, entendiendo esto en los términos dichos por la propia Sala, en el sentido de que los controles ejercidos por la CGR de ningún modo pueden tenerse como “mecánicos” o una “mera formalidad” –insustanciales, poco profundos, burocráticos–. El énfasis que puso allí la Sala –en la sentencia **n.º1994-2430**– es que la intervención de la CGR debe ser real y no una mera formalidad y, además, que esta fiscalización es en relación con la tutela de los fondos públicos. No obstante, en este punto, no hay que perder de vista que, como lo advirtieron los constituyentes –al debatir sobre la CGR– sus labores se ciñen al campo financiero y de fiscalización de los presupuestos^{[1]0}. Asunto distinto es que el legislador le haya dado otras atribuciones que ha entendido que se relacionan con la fiscalización de la Hacienda Pública.

En segundo lugar, respecto del tipo de controles, advertimos que la invocación de la sentencia **n.º1994-5445** debe hacerse con mayor precisión, pues esta contempla varios apartados, y el aludido por la mayoría respecto de las características y tipos de control hace referencia en general a los controles que debe haber en la Administración Pública y no en particular a los que ejerce la CGR. De manera que la definición citada sobre el tipo de controles, que ciertamente contiene esa sentencia, no se deriva del texto constitucional, y esos postulados generales sobre el control no son necesariamente atribuidos como características específicas de la CGR. Por ello, según nos parece, no es correcta la conclusión de que suprimir algún control o atribución –así, en genérico– sea inconstitucional. Máxime si se tiene en cuenta que cuando la Sala ha indicado que no cabe reducir atribuciones legales a la CGR, lo ha hecho bajo el supuesto de que las que estaban bajo examen eran exigencias directa e inequívoca del ejercicio de la competencia constitucional: la fiscalización de la Hacienda Pública. Por tanto, lo que es inconstitucional es trastocar la competencia y las atribuciones expresamente establecidas en las normas constitucionales o directamente derivadas de estas –que son las relativas a la fiscalización de la Hacienda Pública–, pero no las que provienen de cualesquiera normas legales o reglamentarias. Sobre este punto, debe tenerse muy presente las resoluciones más recientes de la Sala, en el sentido de que en la Constitución no se definió el tipo de control que ejerce la CGR y que eso está confiado al legislador. Se retoma por su importancia el siguiente pasaje de la opinión consultiva **n.º2008-011210**:

“Tocante al tipo de control que debe ejercer la Contraloría General de la República, ciertamente por el artículo 183 constitucional le compete la vigilancia de la Hacienda Pública, sin embargo salvo lo señalado en el ordinal 184 constitucional, el constituyente originario en vista de la textura abierta inherente al texto fundamental no indicó que los controles debían ser ex ante o ex post, de modo que sobre el particular el legislador ordinario tiene un amplio margen de libertad o discrecionalidad en la regulación legislativa del tema”.

Entonces, según lo dicho por la propia Sala, puede haber infinitos estándares de control en diversas materias que no necesariamente se vinculan o son una derivación impuesta por la Constitución, de modo que su atemperamiento deberá valorarse en cada caso concreto para que, respecto de la CGR, no se configure una lesión a la protección de la Hacienda Pública. En el mismo sentido, ha de recordarse que si la Sala ha avalado que, con la habilitación del legislador, la CGR module el ejercicio de atribuciones constitucionales como el refrendo, cuánto más cabe afirmar que el legislador puede válidamente, sin lesión de la Constitución, modular o reducir atribuciones que no están directamente exigidas por la competencia constitucional de ese órgano.

En tercer lugar y muy unido a lo anterior, es verdad que hay atribuciones constitucionales y otras derivadas de normas legales dictadas en virtud del art. 184.5 de la Constitución, pero no quiere decir –como es lógico– que las atribuciones legales tengan el mismo rango que las constitucionales. Corresponde distinguir en cada caso. Así, las atribuciones constitucionales y legales deben tenerse como una herramienta en el cumplimiento del deber constitucional: la fiscalización de la Hacienda Pública. Por tanto, esta minoría estima que las atribuciones legales enumeradas por la mayoría han de entenderse en su justa proporción, como herramientas para ejecutar la competencia constitucional última. Pero si es una atribución legal que no se relaciona de forma estricta con la vigilancia de la Hacienda Pública, tal habilitación es disponible para el legislador.

De manera que coincidimos con la postura de la mayoría en el sentido de que debe haber un resguardo de la competencia y las atribuciones constitucionales, y no puede válidamente dictarse una normativa que tienda a vaciarlas de contenido. Pero esto no significa que cualquier atribución legal no pueda ser rebajada, suprimida, matizada o confiada a otros órganos de control conforme a nuevas exigencias y demandas nacionales. Todo eso en beneficio no solo de la finalidad misma de la CGR sino de su propia eficiencia y eficacia. Al respecto, vale la pena traer a la memoria que el propio órgano contralor ha solicitado tanto a la Sala como al legislador que se le despoje de atribuciones dadas por el legislador. Por tanto, las afirmaciones de la sentencia **n.º1998-0998**^{[1]1} deben contextualizarse en el marco de la competencia y atribuciones constitucionales. Es evidente que sería inconstitucional lesionar de forma directa o indirecta las prerrogativas que se emanan del texto de la Constitución, pero ello no es necesariamente así respecto de las configuradas por el legislador ordinario, que no tengan estricta relación con la custodia superior de los fondos públicos.

Adicionalmente, cabe recordar que la sentencia **n.º1995-5120**III.- Sobre el control de legalidad y eficiencia respecto del control interno

(Redacta la magistrada Garro Vargas)

Es preciso transcribir de nuevo las normas constitucionales que se refieren a la CGR.

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

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les

comprobare ineptitud o procederes incorrectos.

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

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los **presupuestos** ordinarios y extraordinarios de la República;

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

2) Examinar, aprobar o improbar los **presupuestos** de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación;

3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el **mejor manejo de los fondos públicos**;

4) Examinar, glosar y fenecer las **cuentas** de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;

5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen. (El destacado no es del original).

Del texto de los numerales transcritos se extraen potestades de control y fiscalización de los presupuestos públicos, de autorización de gastos, de sugerencia de medidas para la eficiencia en el manejo de fondos públicos. No hay más atribuciones creadas constitucionalmente^{[1]2}.

En consecuencia, cualquier atribución que exceda las creadas constitucionalmente, solo pueden surgir de la ley, en atención al art. 184.5 de la Constitución.

De esa forma, son de origen legal: el establecimiento de los sistemas de control interno y su funcionamiento, mantenimiento, perfeccionamiento; la emisión de normativa de control interno; la evaluación en esta materia; la derivación de responsabilidad por su incumplimiento; etc. También son de rango legislativo las definiciones del concepto de auditoría, su organización, sus competencias, los deberes, potestades y alcance de sus políticas, tanto como su relación orgánica con la CGR. De igual modo, lo relativo a las responsabilidades establecidas en el marco del sistema de control interno, el incumplimiento de las recomendaciones de las auditorías internas, las reglas sobre valoración de riesgo que estén más orientadas a la eficiencia. Tienen ese mismo rango las causales de responsabilidad administrativa y sus sanciones. Esto significa que su modificación o derogatoria por vía legislativa o por referéndum no resultan necesariamente inconstitucionales de suyo.

¿Cómo es posible afirmar lo anterior?

En primer término, en la propia página Web de la CGR, en “Antecedentes históricos” se señala:

*“En 1949, la Asamblea Constituyente convocada luego de la guerra civil del año anterior y su consecuente ruptura del orden constitucional, evaluó las funciones del Centro de Control y **determinó la necesidad de que existiera un órgano que vigilara permanentemente la inversión, procedencia, manejo financiero, económico y legal de los fondos públicos. Es así como como se incluyó en la Constitución Política actual un capítulo que creó a la Contraloría General de la República, entidad que tendría la finalidad de ser el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación de presupuestos**”.* (Antecedentes históricos - CGR | Costa Rica <https://www.cgr.go.cr/01-cgr-transp/antecedentes-historicos.html>). (El destacado no es del original).

Es decir, el mismo órgano contralor reconoce que esa era la voluntad del constituyente.

Por otro lado, el documento de la CGR, titulado “Normas de control interno para el Sector Público (N-2-2009-CO-DFOE), en su parte considerativa afirma:

“1. Que los artículos 183 y 184 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, establecen a la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, y que el artículo 12 de su Ley Orgánica, N° 7428 del 7 de setiembre de 1994, la designa como órgano rector del Sistema de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública que se establece en el artículo 10 de esa misma Ley”.

Esta es la situación exacta: la propia CGR reconoce que de los arts. 183 y 184 de la Constitución Política se deriva su condición de “institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública”, y el art. 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR), en la versión de 1994, esto es, promulgada 45 años después de su creación, la designa como “órgano rector del Sistema de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública”, establecido en su art. 10. Es palmario que esto último es una atribución legal no constitucional.

El art. 10 de la LOCGR dice lo siguiente:

*Art. 10.- Ordenamiento de control y fiscalización superiores. El ordenamiento de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública **comprende el conjunto de normas, que regulan la competencia, la estructura, la actividad, las relaciones, los procedimientos, las responsabilidades y las sanciones derivados de esa fiscalización o necesarios para esta.***

Este ordenamiento comprende también las normas que regulan la fiscalización sobre entes y órganos extranjeros y fondos y actividades privados, a los que se refiere esta Ley, como su norma fundamental, dentro del marco constitucional. (El destacado no es del original).

La parte considerativa del documento de la CGR continúa:

“2. Que en virtud de tal condición, los artículos 12 y 24 de la Ley N° 7428 mencionada, y el artículo 3 de la Ley General de Control Interno, N° 8292 del 31 de julio de 2002, confieren a la Contraloría General facultades para emitir disposiciones, normas, políticas y directrices que coadyuven a garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos (art. 11 de la Ley N° 7428)”.

De nuevo, es este mismo documento el que señala que las competencias de la CGR relativas al control interno son atribuidas por el legislador en la LOCGR de 1994 (Ley N° 7428) y en la Ley de Control Interno de 2002 (Ley N° 8292). En efecto, ya desde la ley de

1950, la CGR ejercía un control de legalidad y eficiencia de la Hacienda Pública.

Es muy significativo lo que establece el art. 4 de la Ley de 1950.

Art. 4º.- *Son funciones primordiales de la Contraloría General de la República:*

- a) *Vigilar el estricto cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales **relativas a las finanzas públicas**, especialmente las concernientes al presupuesto y al tesoro de la nación, a la contabilidad y proveeduría nacionales;*
- b) *Asesorar a la Asamblea Legislativa cuando ésta lo solicite en materias **relativas a la Hacienda Pública**;*
- c) *Fiscalizar la ejecución y liquidación de los **presupuestos de la República** y ejercer el control previo de los egresos fiscales. Respecto de la liquidación, la Contraloría procederá como se indica en el artículo 181 de la Constitución Política.*
- d) *Realizar el control jurídico-contable, financiero y económico de los **gastos públicos**;*
- e) ***Refrendar** las obligaciones del Estado;*
- f) *Revisar y ajustar el cálculo de los ingresos de los **presupuestos** extraordinarios y de los proyectos de ley que contengan creación de impuestos o egresos no previstos en los presupuestos aprobados. En estos casos, la Asamblea Legislativa no dará curso al proyecto de ley respectivo si previamente la Contraloría no ha informado sobre la efectividad de los ingresos que lo cubren;*
- g) *Llevar un registro de todas las leyes, decretos y acuerdos emitidos por los Supremos Poderes y de los **contratos** celebrados por éstos que originen créditos a favor o cargos en contra del Estado, y fiscalizar el cumplimiento de los mismos. Cualquier contrato distinto de los de trabajo y todo acuerdo que comprometa los fondos del Estado, será válido únicamente cuando haya sido **refrendado** por la Contraloría General de la República; a este efecto, en todo contrato que comprometa el desembolso de los **fondos** nacionales deberá insertarse certificación expedida por el Contralor General indicando que existe partida libre de gravamen con qué cubrir la erogación respectiva;*
- h) *Dirimir, en última instancia, los conflictos financieros y administrativos suscitados entre las instituciones y funcionarios públicos, que surgieren de la aplicación de las leyes que regulan la **Hacienda Pública**;*
- i) *Examinar, aprobar, o improbar los **presupuestos** de las Municipalidades e instituciones autónomas de conformidad con lo dispuesto en el inciso e) del artículo 6º, fiscalizar su ejecución y liquidación.*
(Así reformado por el artículo 21 de la ley N° 6890 de 14 de setiembre de 1983).

j) *Examinar, glosar, verificar y fenecer las cuentas de las instituciones y corporaciones del Estado, autónomas o no, y de los funcionarios públicos que custodien, manejen, administren, recauden o inviertan rentas, fondos o bienes de la **Hacienda Pública**;*

k) *Intervenir en las **licitaciones** a que se refiere el artículo 182 de la Constitución, dentro de los límites legales que le correspondan;*

l) *Resolver en apelación como **tribunal de cuentas**, las reclamaciones falladas por la Contabilidad Nacional;*

m) *Todas las demás que la Constitución y **las leyes le asignen o que sean propias de su función básica de vigilancia de los bienes públicos y nacionales.***

(El destacado no es del original).

Ese era el marco legal hecho por el legislador. Interesa destacar el objeto de sus controles: siempre sobre aspectos contables, financieros o el refrendo. Además, este último inciso es espejo del art. 184.5 constitucional. Respecto de la naturaleza de esos controles, es claro que se trataba de legalidad; pero tanto en constituyente en el art. 184.3 como el legislador en el art. 17 de esa LOCGR de 1950 atribuía la posibilidad de ejercer un control de eficiencia:

Art. 17.- *La Contraloría General debe presentar a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria del año, una memoria explicativa de sus labores en el ejercicio inmediato anterior, que contendrá cuando menos:*

- a) *Resultado económico-financiero del año fiscal;*
- b) *Explicación del déficit fiscal o superávit y de cómo se cubrió o cómo se empleó, según el caso;*
- c) *Cuenta consuntiva del presupuesto anual ordinario y de los presupuestos extraordinarios, junto con los comentarios que estime conveniente realizar;*
- d) *Detalle de los gastos aprobados mediante el recurso de insistencia a que se refiere el inciso b) del artículo 6º;*
- e) *Explicación de las improbaciones llevadas a cabo de conformidad con el inciso e) del artículo 6º;*
- f) *Observaciones, comentarios o dictámenes relativos a sus labores, cuando a su juicio deben ser de conocimiento de la Asamblea Legislativa; y*
- g) *Recomendaciones y sugerencias para la **mayor eficiencia** y control en el manejo de la Hacienda Pública.*

(El destacado no es del original).

Entonces, tal como dice el documento de la CGR que aquí se comenta, gracias a esas leyes de 1994 y 2002, lo nuevo es lo relativo a sus atribuciones para controlar el ejercicio del control interno por parte de las administraciones activas.

Resulta muy significativo que la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre del 2001, reforma el art. 8 de la LOCGR, Ley N° 7428, para redefinir el concepto de "Hacienda Pública" e incluir lo relativo al control interno. La versión original de ese art. 8 de la LOCGR, en la versión de 1994, señalaba:

Art. 8.- *Hacienda Pública*

Hacienda Pública es la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público; salvo la contribución obrero patronal que es de naturaleza pública.

Los recursos del Banco Popular y de Desarrollo Comunal tendrán el carácter que su propia ley orgánica les otorga.

Patrimonio público es la universalidad constituida por los fondos públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública.

Los componentes de la Hacienda Pública son las instituciones, corporaciones y empresas públicas, sean entes u órganos.

Las sociedades mercantiles constituidas con arreglo a la legislación costarricense son empresas públicas únicamente cuando estén bajo el dominio mayoritario o el predominio legal del Estado o de otro ente u órgano públicos.

Con la reforma acaecida en el 2001, el texto indica:

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.**

Respecto a los entes públicos no estatales, las sociedades con participación minoritaria del sector público o las entidades privadas, únicamente formarán parte de la Hacienda Pública los recursos que administren o dispongan, por cualquier título, para conseguir sus fines y que hayan sido transferidos o puestos a su disposición, mediante norma o partida presupuestaria, por los Poderes del Estado, sus dependencias y órganos auxiliares, el Tribunal Supremo de Elecciones, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades y los bancos del Estado. Los recursos de origen distinto de los indicados no integran la Hacienda Pública; en consecuencia, el régimen jurídico aplicable a esas entidades es el contenido en las Leyes que las crearon o los ordenamientos especiales que las regulan.

El patrimonio público será el universo constituido por los fondos públicos y los pasivos a cargo de los sujetos componentes de la Hacienda Pública. Serán sujetos componentes de la Hacienda Pública, el Estado y los demás entes u órganos públicos, estatales o no, y las empresas públicas, así como los sujetos de Derecho Privado, en cuanto administren o custodien fondos públicos por cualquier título, con las salvedades establecidas en el párrafo anterior.

(Así reformado por el inciso d) del artículo 126 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre del 2001). (El destacado no es del original).

Es decir, incluso el legislador de 1994 tenía claro que esa nueva atribución, la de ejercer la vigilancia sobre el respeto de las normas de control interno, no hacían directa referencia a fiscalizar la Hacienda Pública, pero para asegurar el ligamen con la competencia constitucional de la CGR, modifica la noción de "Hacienda Pública".

Por supuesto que se podría decir que esas nuevas atribuciones pueden tener fundamento en el art. 184.5 de la Constitución, pero es difícil señalar que se trata de atribuciones exigidas por esta.

La parte considerativa del documento de la CGR que aquí se comenta continúa en los siguientes términos:

"Que de conformidad con los artículos 2, 7 y 10 de la Ley N° 8292, el jerarca y los titulares subordinados de las instituciones son responsables de establecer, mantener, perfeccionar y evaluar los sistemas de control interno correspondientes, de manera que sean aplicables, completos, razonables, integrados y congruentes con las competencias y atribuciones institucionales, así como ajustados a la normativa que al efecto emita la Contraloría General de la República.

6. Que el artículo 20 de la Ley N° 8292 prescribe la existencia de una auditoría interna en todos los entes y órganos sujetos a esa Ley, salvo en aquellos en los cuales la Contraloría General de la República disponga, por vía reglamentaria o disposición singular, que su existencia no se justifica, en atención a criterios tales como presupuesto asignado, volumen de operaciones, nivel de riesgo institucional o tipo de actividad; en tal caso, la Contraloría General de la República ordenará a la institución establecer los métodos de control o de fiscalización que se definan".

Recuérdese que esa Ley N°. 8292 es la Ley de Control Interno. Excede del objeto de estas páginas hacer un análisis del correspondiente expediente legislativo para determinar cuál era la original voluntad del legislador sobre papel de la CGR en este sistema. Aquí lo único que interesa subrayar es que se trata de atribuciones legales, que *prima facie* son conformes a la Constitución, pero no exigidas por esta. Lo contrario sería tanto como afirmar que la CGR no ejerció a cabalidad su competencia desde 1950 hasta 1994. Lo que es patente es que esas normas cambian el modelo de contraloría, sin que esta deje de ejercer su competencia original, y se dictan con el ánimo de que su accionar sea más amplio y penetrante.

(Redacta el magistrado Castillo Víquez)

Hay que tener presente que el control de legalidad y de eficiencia sobre el uso de los fondos públicos conlleva necesariamente la fiscalización sobre los controles internos en ese ámbito, de ahí que se descarta el argumento de que el no ejercicio del control de legalidad sobre los controles internos podría causar un grave daño a la Hacienda Pública. Dejado claro lo anterior, la minoría enfatiza que no es una atribución constitucional de la CGR el ejercicio de la fiscalización sobre la legalidad y eficiencia de los controles internos –en el proyecto de ley se mantiene el control de eficiencia–, pues ello significa el ejercicio de una competencia legal sobre toda la gestión administrativa de la administración activa. Desde nuestra perspectiva, en esta materia, el legislador y el Soberano tiene un amplio margen de actuación, es decir, se trata de un asunto de política legislativa. Por tanto, se descarta cualquier argumento, en el sentido de que el control de legalidad de los controles internos esté vinculado a un buen uso de los fondos públicos, debido a que no toda gestión administrativa conlleva, de manera directa o indirecta, el uso de estos. Si así fuese, el ejercicio de las competencias del órgano de control sería –sobre toda la gestión administrativa– pleno, competencia que no contempló el constituyente originario.

IV.- Sobre propuestas de reforma legal de LOCGR

(Redacta el magistrado Castillo Víquez)

El Derecho de la Constitución le impone al Estado –en sus dos vertientes de gobierno y administración pública– diseñar, adoptar y ejecutar políticas públicas, así como satisfacer de manera objetiva y eficiente los intereses generales. En efecto, ante la demanda creciente de la población, de actuales y nuevos servicios, el Estado debe actuar de manera oportuna en la satisfacción de esa demanda. La responsabilidad de quienes dirigen el gobierno y la administración pública es de suyo importante y trascendente, no

solo desde la óptica de un Estado eficaz y eficiente, sino también desde la legitimidad y sostenibilidad del sistema democrático. A lo anterior, se añade la necesidad de que haya sistemas de control, de forma tal que se garantice que la gestión gubernativa y administrativa se apegue a criterios de legalidad, eficiencia, no discriminación, adaptabilidad, continuidad, sostenibilidad y responsabilidad. Empero, el control tiene que estar diseñado en sus justas dimensiones, pues uno que se exceda en intensidad puede provocar serios daños a los intereses generales, concretamente, paralizar las acciones gubernativas y administrativas, hacerlas erráticas o de difícil cumplimiento y, finalmente, infundir en el funcionariado un sentimiento de que para adoptar y ejecutar una decisión se deben agotar un sinnúmero de controles, de forma tal que cuando se realiza la acción esa resulta inoportuna o, peor aún, el problema se ha agravado de tal forma, que ya es insuficiente. De ahí que el tema de la intensidad y el objeto de control, de tiempo en tiempo, han estado presentes en el debate nacional. Ahora bien, haciendo un repaso de los asuntos que se han presentado en la corriente legislativa desde la década de los noventa a la fecha, encontramos una serie de propuestas de ley que han buscado modificar la relación actual entre la gestión administrativa y los modelos de control. Al respecto, nos interesa resaltar cuatro proyectos de ley que fueron presentados en el pasado.

El primero de estos proyectos de ley corresponde al expediente legislativo N°. 13.692, presentado por el Poder Ejecutivo el 3 de agosto de 1999, cuya finalidad era que la CGR pudiese supervisar a los entes públicos no estatales o entes privados únicamente en cuanto a los fondos que administren o dispongan para la consecución de sus fines, y que hubieren sido transferidos mediante actos legislativos o administrativos por los poderes del Estado, sus dependencias, órganos auxiliares, TSE, la administración descentralizada, las universidades estatales, las municipalidades o por los bancos del Estado.

El segundo es el proyecto de ley conocido en el expediente legislativo N°. 14.309, presentado por el Poder Ejecutivo el 2 de abril de 2001, en el que se buscaba atemperar algunas competencias de la CGR, concretamente al considerarse que el órgano de control está en una situación de poder en relación con temas referidos a cuestiones de oportunidad y competencias de los órganos y entes que, según la visión en ese entonces del Poder Ejecutivo, no compaginaba con el principio de separación de poderes o funciones. Al respecto, se expresó en la exposición de motivos lo siguiente:

“La Contraloría General de la República fue creada en la Constitución Política de 1949, como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, y tiene como antecedente claro la Oficina de Control fundada en 1920, durante la administración de don Julio Acosta García. El artículo 183 constitucional establece como atribución fundamental de ese órgano la vigilancia de la Hacienda Pública y el artículo 184 le señala en detalle sus deberes y atribuciones.

Como todo órgano público la Contraloría actúa dentro de un marco jurídico que encauza su accionar y delimita sus competencias. En ningún momento puede actuar fuera de aquel, pero tampoco es prudente que el ordenamiento jurídico le asigne potestades de fiscalización en materia de conveniencia, por tratarse dicha decisión de carácter eminentemente político y no técnico. El Contralor General no es un funcionario de elección popular ni goza del talante democrático, propio de aquellos que derivan sus competencias del electorado, por lo que no pueden sustituir a otros en la toma de la decisión política, sino que sus potestades deben ejercerse en la función de fiscalización de la decisión política ya adoptada: sus potestades son de control de legalidad y no de oportunidad y no de conveniencia.

La actual Ley Orgánica de la Contraloría General de la República le otorgó competencias muy amplias en materia de control técnico-jurídico lo cual es conveniente, apropiado y necesario. Sin embargo, al mismo tiempo le concedió atribuciones que van más allá de lo anteriormente expresado y han colocado a la Contraloría en una situación de poder, en materia de decisiones de conveniencia y oportunidad que no están acordes a su origen constitucional ni al necesario equilibrio de poderes sobre el cual reside el estado de derecho”.

El tercer proyecto de ley relevante es el correspondiente al expediente legislativo N°. 17.000, presentado por la diputada Zomer Rezer el 16 de abril del 2008. La finalidad era reformar los artículos 11 y 17 de la LOCGR, para que se aclarara que las potestades de control de eficiencia se circunscribían exclusivamente a los fondos públicos, y no al resto de la actividad ordinaria y técnica de la administración pública, pues se alegaba que el órgano contralor ejercía un control sobre toda la actividad de la administración activa. Al respecto, se estableció en la exposición de motivos lo siguiente:

“1.- El artículo 183 de la Constitución Política define claramente la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, al conceptuarla como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la hacienda pública.

2.- Los artículos 182 y 184 ibídem, al explicitar sus atribuciones, establecen claramente que la Contraloría es el órgano superior de fiscalización de la hacienda pública, para lo cual se la dota de una serie de potestades e instrumentos de carácter financiero y legal, tales como fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República; examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las municipalidades y demás instituciones descentralizadas del Estado, y fiscalizar su ejecución y liquidación; examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos y actuar como tribunal administrativo en materia de contratación administrativa.

3.- Por tanto, desde el punto de vista constitucional, la Contraloría solo está autorizada para ejercer control legal y financiero sobre la hacienda pública, quedando fuera de su competencia el ejercicio de potestades de control político o de mérito de la actuación de los entes y órganos sometidos a su competencia fiscalizadora.

4.- Sin embargo, en la praxis, el legislador a lo largo de los años, pero sobre todo durante la última década, ha ido atribuyéndole competencias y atribuciones a la Contraloría que no solo no están autorizadas constitucionalmente, sino que también rozan con los ámbitos de autonomía política y administrativa garantizados por la Carta Política a los distintos entes y órganos de la Administración Pública.

5.- Dentro de este orden de ideas, la propia Ley orgánica de la Contraloría General de la República en sus artículos 11 y 17 le confieren a la Institución la potestad de velar por la eficiencia de los controles internos y de dictar conclusiones y recomendaciones pertinentes y efectuar las provisiones y dictar las instrucciones y las órdenes procedentes.

6.- Esta potestad de control de eficiencia, que debería circunscribirse exclusivamente al manejo de los fondos públicos, sin embargo es ejercida por la Contraloría respecto de toda la actividad de la administración activa, con lo cual interfiere, de manera

inconstitucional, sobre su autonomía política y administrativa.

7.- Por tanto, es necesario reformar ambas normas con el fin de precisar que el control de eficiencia se circunscribe exclusivamente al manejo de los fondos públicos y no al resto de la actividad ordinaria y técnica de la Administración Pública, como sucede en la actualidad.

8.- La Ley general de control interno ha venido a agravar la situación anteriormente descrita, al establecer definiciones y potestades normativas y de fijación de políticas por parte de la Contraloría General de la República en materia ajena a la fiscalización de la hacienda pública, que es su competencia constitucional.

9.- En efecto, los artículos 3, 12 inciso c) y 17 inciso d) de la citada ley, al definir las actividades de control involucra a la Contraloría en la fijación de políticas y procedimientos para lograr los objetivos del control interno sin precisar que, en el caso de la Contraloría, su potestad abarca solamente la fiscalización de los fondos públicos. Tal y como están redactadas las normas en cuestión, la Contraloría puede establecer políticas y definir procedimientos en materias ajenas a su ámbito de competencia constitucionalmente garantizado.

10.- El artículo 18 le confiere a la Contraloría la potestad de fijar los criterios y las directrices generales en cuanto al establecimiento de un sistema específico de valoración de riesgo de las actividades desarrolladas por cada institución pública dentro del ámbito de sus respectivas competencias constitucionales y legales, sin precisar que dicha potestad solo puede ejercerse respecto de la utilización de los fondos públicos.

11.- El artículo 19, por su parte, establece la obligación de que las administraciones públicas que señale la Contraloría, deberán obligatoriamente adoptar las medidas necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema, sin precisar que la competencia de la Contraloría es exclusivamente respecto de la utilización de los fondos públicos.

12.- Por consiguiente, es necesario reformar todas estas disposiciones legales para precisar que la Contraloría solo interviene respecto de la fiscalización de los fondos públicos, y que todas las demás disposiciones sobre el sistema de control, que crea la ley, son competencia de los órganos encargados de fijar las respectivas políticas en cada sector de actividad de la Administración Pública. Estas disposiciones, en la praxis, han transformado la naturaleza jurídica de la Contraloría de un órgano fiscalizador, tal y como lo concibió el constituyente de 1949, en un órgano de administración activa que fija políticas obligatorias para todos los sujetos pasivos, incluidos algunos órganos y entes que tienen independencia política y administrativa garantizadas a nivel constitucional".

Finalmente, se encuentra el proyecto de ley al que se le asignó el expediente legislativo N°. 18.910, presentado por el entonces diputado Molina Rojas, el 9 de setiembre del 2013, cuyo objetivo era que la CGR elaborara una metodología de fiscalización para los procesos de contratación administrativa, que debía ser utilizada por las instituciones; además, se les autorizaba a utilizar procesos alternativos y, por último, se reformaban varias normas de la ley de contratación administrativas y se disponía que algunos recursos presentados por los justiciables serían conocidos por la propia administración.

V.- Sobre los artículos impugnados

(Redactan el magistrado Castillo Viquez y la magistrada Garro Vargas)

Corresponde ahora hacer una referencia a los artículos impugnados, lo dicho en la parte dispositiva sobre el particular y unos comentarios que de manera resumida explican nuestra posición al respecto, y que se han de leer a la luz de lo dicho en los epígrafes anteriores.

Norma impugnada:

"ARTÍCULO 2- REFORMA DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N.º 7428 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 1994 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 11, Ley N.º 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 11- Finalidad del Ordenamiento de Control y Fiscalización superiores. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley".

Texto de la parte dispositiva:

"a) Por mayoría, el artículo 2 resulta inconstitucional en su totalidad. Los magistrados Castillo Viquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y declaran inconstitucional la norma solo respecto de la supresión de la competencia de garantizar la eficiencia en el manejo de los fondos públicos".

En relación con el art. 2, coincidimos con la mayoría en que es inconstitucional entender que la CGR sólo puede hacer un control de legalidad sobre el manejo de los fondos públicos, no obstante, estimamos que es constitucionalmente posible que el legislador – o el pueblo a través de un referéndum– reduzca las atribuciones de este órgano sobre el control interno de la administración activa a los aspectos de eficiencia, pues el control de legalidad sobre el control interno no es una atribución de raigambre constitucional, tal como se ha explicado en los epígrafes anteriores.

Norma impugnada:

"ARTÍCULO 3.- MODIFICACIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N°7428 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 1994 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

"Artículo 12. Órgano rector del ordenamiento.

De conformidad con el artículo 11 de la Constitución Política es claro que la Contraloría General de la República en el ejercicio de

cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones no podrá sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa. (...)”.

Texto de la parte dispositiva:

“b.-) Por mayoría, el artículo 3 resulta inconstitucional, salvo respecto de los verbos “sustituir” y “abarcar”, en el tanto la Contraloría General de la República no ejerce funciones de Administración activa. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y acotan tal inconstitucionalidad únicamente respecto del ejercicio del control de legalidad y eficiencia de los fondos públicos”.

En relación con el art. 3, coincidimos con la mayoría en que ese artículo es inconstitucional, pues las potestades que se le pretenden eliminar al órgano contralor son herramientas fundamentales para que ejerza, en toda su extensión, el control y la fiscalización de los fondos públicos. Tal inconstitucionalidad, como la Sala dijo por unanimidad se da excepto en lo relativo a los verbos “sustituir” y “abarcar”, pues la CGR no ejerce funciones de administración activa. No obstante, salvamos parcialmente nuestro voto porque acotamos tal inconstitucionalidad respecto del ejercicio del control de legalidad y eficiencia de los fondos públicos, no así en lo que atañe al control de legalidad sobre el control interno que realiza la administración activa, porque esta atribución únicamente es de raigambre legal.

Norma impugnada:

“ARTÍCULO 4.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N°7428 DE 04 DE NOVIEMBRE DE 1994 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 17.- Potestades de fiscalización sobre la eficiencia de los controles internos. La Contraloría General de la República ejercerá la fiscalización de la eficiencia de los controles internos, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes”.

Texto de la parte dispositiva:

“c.-) Por unanimidad, el artículo 4 resulta inconstitucional. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas consignan razones diferentes”.

En relación con el art. 4, estimamos que la inconstitucionalidad se da en lo que refiere a las atribuciones constitucionales de la CGR, no en lo referente al control de legalidad del control interno, puesto que en esta materia el órgano contralor no tiene una atribución constitucional, sino legal.

Norma impugnada:

“ARTÍCULO 5.- ADICIÓN DE UN PÁRRAFO FINAL AL ARTÍCULO 22 DE LA DE LA (SIC) LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N°7428 DE 04 DE ABRIL DE 2006 Y SUS REFORMAS.

Adiciónese un párrafo final al artículo 22, de la Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

“Artículo 22.- Potestad de investigación. (...) .

En ningún caso el ejercicio de esta potestad suspenderá la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, suspensión que solamente podrá efectuarse mediante la respectiva orden judicial de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable al caso”.

Texto de la parte dispositiva:

“d.-) Por mayoría, el artículo 5 resulta inconstitucional en su totalidad. Los magistrados Castillo Víquez, Salazar Alvarado y la magistrada Garro Vargas salvan parcialmente el voto y acotan tal inconstitucionalidad únicamente a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y contratos directamente vinculados al manejo de los fondos públicos”.

En relación con el art. 5, estimamos que la potestad de la CGR de dictar la medida cautelar de suspensión, que en esa norma se pretende suprimir, procura evitar graves o irreparables daños a la Hacienda Pública. En efecto, si el órgano de control determina que un acto o la ejecución de un contrato puede ocasionar tales daños, lo lógico y necesario es que se proceda a su suspensión y, de esa manera, velar adecuadamente por los fondos públicos. Por lo demás, existe la posibilidad ulterior de que las consecuencias del ejercicio de esa potestad se ventilen en la vía jurisdiccional. Salvamos parcialmente el voto debido a que puntualizamos que el vicio de inconstitucionalidad se encuentra únicamente en lo referido a la medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y contratos directamente vinculados al manejo de los fondos públicos, no así respecto del control de los actos que se adoptan en el ejercicio del control interno por parte de la administración activa, pues tal atribución es ejercida por la CGR en virtud de disposición legal, y no constitucional.

VI.- Consideraciones finales

(Redacta el magistrado Castillo Víquez)

Coincidimos con la mayoría en el sentido de que, como una consecuencia lógica de la competencia constitucional de vigilancia de la Hacienda Pública, la CGR tiene las potestades de control de legalidad y eficiencia en el uso de los fondos públicos. En esta dirección, no tenemos mayor divergencia con la mayoría, por lo que concurrimos con nuestro voto en declarar inconstitucional los artículos 2 y 4 –que reforma los artículos 11 y 17 de la LOCGR– del proyecto consultado, al eliminar el control de la eficiencia sobre los fondos públicos.

En lo que sí diferimos es en relación con el control de la legalidad y la eficiencia de los controles internos. Como se ha podido

observar, en el proyecto consultado mantiene el control de la eficiencia y suprime el de la legalidad, toda vez que, después de una lectura detenida y reflexiva de los arts. 183 y 184 de la Constitución Política, así como de los antecedentes históricos, en especial las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, no se infiere que esas funciones se deriven de la competencia y las atribuciones constitucionales del órgano contralor, sino que son funciones asignadas por el legislador, hechas sobre la base del art. 184.5 citado.

Ahora bien, si no estamos en presencia de atribuciones constitucionales, las modificaciones, supresiones, ampliaciones de tales funciones es un extremo librado a la libre configuración de legislador, siempre y cuando tales competencias legales no impidan o hagan de imposible cumplimiento la competencia y atribuciones constitucionales del órgano de control de la Hacienda Pública.

El control de legalidad sobre los controles internos es un ámbito de la gestión administrativa que puede estar atribuido a la propia administración activa en exclusivo, bajo el entendido de que el principal llamado a velar por que los controles internos se ajusten al bloque de legalidad es la propia Administración Pública, pues como es bien sabido, por mandato expreso del art. 11 de la Constitución está sometido al principio de legalidad. No obstante, el legislador puede conceder esta función a un órgano de control, en este caso a la CGR, a las auditorías internas, a las contralorías de servicios. Incluso puede crear un órgano interno de la propia Administración con esas competencias, hacer de las asesorías jurídicas -órganos consultivos-, órganos mixtos, consultivos y de control a su vez, etc. Las opciones que tiene el legislador son amplias, porque no estamos en presencia de una competencia constitucional atribuida a la CGR. De ahí que no resulta posible, desde la óptica del Derecho de la Constitución –valores, principios y normas– sostener que este extremo del proyecto consultado sea inconstitucional.

Por lo dicho salvamos el voto parcialmente y consignamos las razones diferentes según se señaló en la parte dispositiva.

Fernando Castillo Víquez

Luis Fdo. Salazar Alvarado

Anamari Garro Vargas

Exp. 24-017291-0007-CO

Nota del magistrado Salazar Alvarado:

Vista la redacción integral del voto salvado dictado en esta consulta de constitucionalidad, prescindo de la nota que en su momento consideré oportuno consignar.-

**Luis Fdo. Salazar A.
Magistrado**

Exp. 24-017291-000-CO

Res. 2024-021375

NOTA DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS

Deseo referirme en esta nota a algunos aspectos que me parecen relevantes de cara al análisis de esta consulta.

I.-Consideraciones preliminares: la naturaleza del control que ejerce la Sala

En primer lugar, es preciso subrayar cuál es la naturaleza del control que ejerce la Sala ante una consulta sobre un proyecto de ley. Se trata de un control previo de constitucionalidad. Esto significa que el análisis es jurídico y de constitucionalidad. No se está acá dando una opinión sobre la conveniencia y oportunidad del proyecto –lo que sería propio del ámbito político–, ni se está confrontando este proyecto con el marco legal existente, sino dando un criterio sobre la conformidad de aquel con la Constitución.

Al ejercer ese control, la Sala toma en cuenta lo que ha dicho en otras ocasiones sobre la materia, en este caso, respecto de la Contraloría General de la República (CGR), pero, en virtud del art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), no le vincula su propia jurisprudencia, pues esa norma señala:

Art. 13. La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.

Aun así, la postura de la minoría ha sido respetuosa de la línea jurisprudencial que indica que es inconstitucional restarle atribuciones constitucionales a la CGR, pero, como se ha procurado explicar, esta jurisprudencia ha de leerse con el sentido y en el contexto en el que fue dictada y, además, teniendo presente justamente cuáles son las atribuciones de raigambre constitucional.

II.-Consecuencias de la tesis de la mayoría

La mayoría señala de manera categórica que es inconstitucional despojar a la CGR de sus atribuciones (sin distinguir si estas se refieren a la competencia original dada por la Constitución o a las que el legislador le ha otorgado). A mi modo de ver eso supone “constitucionalizar” indiscriminadamente las normas legales relativas a la CGR, en grave daño de la dinámica propia de nuestro sistema democrático y es contrario a los principios básicos de un Estado de Derecho, que llevan a diferenciar los diversos planos normativos y la lógica que impregna la regulación sobre la creación de normas. Una cosa es decir que el marco normativo legal que rige el hacer de la CGR es conforme a la Constitución –asunto que aquí no está en discusión–, y otra muy distinta afirmar que ese marco es exigido por la Constitución. Esto último supondría que todo lo establecido por el legislador se convierte en parámetro de constitucionalidad. El paso siguiente en ese razonamiento sería indicar que ese marco legal no puede ser modificado sino por reforma constitucional. Muy por el contrario, estimo que para darle vigor constitucional a las normas relativas al control de legalidad que ejerce la CGR sobre el control interno realizado por la administración –que son de origen legal y no exigidas por la Constitución, como se explicó en el voto salvado– es preciso llevar a cabo una reforma constitucional.

Además, esa postura asumida por la mayoría no sólo puede ser válidamente reprochada en el plano especulativo, esto es, desde el punto de vista teórico jurídico-formal, sino que basta acudir a la historia reciente de este país para comprobar que es negada por los hechos.

Alguna de la jurisprudencia comentada en el voto salvado da cuenta de ello, pero hay un caso en el ámbito legislativo que me parece digno de analizar con detalle, aunque seguramente habrá muchos otros más.

III.- Sobre la Ley de Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública

La “Ley sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública”, que corresponde al proyecto de ley tramitado en el expediente legislativo N°. 20.202, es interesante por dos motivos: porque se trató de una iniciativa de ley propuesta por varios diputados de muchos partidos^[1] a instancias de la CGR^[2], y porque fue objeto de una consulta de constitucionalidad.

Advierto que no me pronuncio sobre la conveniencia y oportunidad del proyecto, pues, como he dicho, me vería obligada a hacer un análisis que no procede hacer en esta sede; pero tampoco me referiré a la constitucionalidad de ese proyecto ni de la ley en la que este se convirtió.

Haré alusión a los aspectos más importantes del proyecto y de su trámite. Dejo a los estudiosos el examen sobre los pormenores del expediente legislativo, donde quedan reflejadas las posturas de numerosos actores: tanto representantes de instituciones clave del tejido institucional de este país^[3] como los propios diputados.

A.- El proyecto de ley: alcance y justificación

El proyecto de ley inició su trámite el 14 de diciembre de 2016. En la exposición de motivos dice apoyarse en jurisprudencia de la Sala Constitucional y el núcleo de la propuesta está contenido en el art. 1 que indica:

“La emisión del refrendo estará a cargo de las asesorías jurídicas institucionales o aquella otra instancia con especialidad jurídica designada por el jerarca, pero en ningún caso podrá ser la Auditoría Interna” (p. 11, el destacado no es del original).

Se explica la propuesta en los siguientes términos:

“Dentro del articulado del presente proyecto se mantiene la figura del refrendo como un requisito de eficacia de los contratos administrativos, consistente en un análisis del ajuste de su contenido a la legalidad. Sin embargo, se pretende que esta labor corra por cuenta de una instancia a lo interno de la Administración, que en principio podría ser la asesoría jurídica, o bien, alguna instancia designada que cuente con una especialidad jurídica que permita realizar efectivamente una revisión de legalidad” (p. 11, el destacado no es del original).

Es decir, la CGR no realizaría el refrendo previsto en el art. 184.1 de la Constitución. La justificación última del proyecto se refleja en este pasaje, relativo a los beneficios que conllevaría para la administración:

“Con la propuesta que se plantea al asumir la Administración la aprobación de contratos, la idea es la de fortalecer la responsabilidad por su actuar y la toma de decisiones, evitando que esta se traslade a órganos externos. Con lo cual se consigue, además, fortalecer la dirección bajo esquemas de control interno que favorecen la gestión institucional y favorecer la simplificación de trámites” (p. 11, el destacado no es del original).

Y también en este otro, que hace relación a los beneficios que traería consigo para la propia CGR:

“...resulta más apropiado para la dinámica eficiente del procedimiento de contratación administrativa que la Contraloría General se concentre en la labor de impugnación cuando los actos no están firmes entre otras de sus competencias relevantes, de forma que en el caso del refrendo se deje para la verificación posterior de una actividad de aprobación que ya ejerce en la actualidad la Administración” (p. 8, el destacado no es del original).

Además, se sostiene lo siguiente:

No se está cercenando a la Contraloría General de un ejercicio sustantivo de revisión, sino que se traslada al control posterior (p. 9, el destacado no es del original).

Es muy significativo que en este proyecto, originado en la propia CGR, se afirme que el hecho de que esta ejerza una revisión posterior no va en menoscabo de sus competencias. Así se reitera en este pasaje:

“De esa forma, no se está planteando la eliminación de un control para la Administración Pública, por el contrario, se está planteando fortalecer su control interno al asumir estas el refrendo y la Contraloría General direccionaría sus competencias hacia una fiscalización posterior” (p. 9, el destacado no es del original).

Se señala que lo propuesto no será muy distinto a lo que la administración hacía ya con la aprobación interna:

“Por lo que a partir de su entrada en vigencia se trasladará la aprobación de contratos integralmente a la Administración activa, quien ya había venido realizando esta labor mediante la figura de la aprobación interna” (p. 12).

Por esto se indica que no consiste en una variación sustantiva:

“No existe una variación sustantiva en el ejercicio de lo que actualmente se hace en aprobación interna^{[1]4}, pero se deja en criterio del jerarca que defina cuál es la mejor estructura conforme su estrategia de control interno” (p. 11, el destacado no es del original).

La exposición recoge las estadísticas de 2011 al 2016, que muestran que la CGR realizaba el refrendo de un 6,6% de los contratos, y explica:

“De las estadísticas con que cuenta este órgano contralor se tiene que realmente es un porcentaje muy reducido de contratos que se refrenda en la Contraloría General y el resto se refrenda internamente en cada Administración” (p. 10).

Esto pone de manifiesto que, para la fecha, con la venia de la Sala Constitucional^[5], el legislador había habilitado a la CGR a apartarse de la mente inicial del constituyente^[6], reflejada en la ley de 1950^[7], que parecía entender que todo contrato debía ser directamente refrendado por la CGR.

El proyecto pretendía también modificar el art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (LOCGR)^{[2]8}:

“En afán de darle consistencia con la eliminación de la sanción de nulidad absoluta, se reforma el art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General para ajustarlo al nuevo enfoque, pero dejando prevista la posibilidad de la fiscalización y el direccionamiento de la actividad mediante la emisión de guías, circulares o lineamientos que puedan garantizar mínimos en la revisión y mejorar los esquemas de control interno” (p. 12, el destacado no es del original).

Es decir, la labor de la CGR en materia de refrendo, según este proyecto, se iba a circunscribir a dar lineamientos para la administración, y esta lo realizaría. Además, se dejaba prevista la posibilidad de que la CGR llevara a cabo el refrendo de algunos contratos, pero con un carácter residual. Era claro que la voluntad del proyecto era que la CGR solo por excepción realizara el refrendo:

“Finalmente, también se establece que la Contraloría General emitirá lineamientos como rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, para definir aspectos operativos en relación con el trámite que deben seguir los contratos para la obtención del refrendo interno en cada Administración; así como disponer los supuestos en que la Contraloría General decida resolver el conocimiento del refrendo desarrollado en esta ley, por estimarlo necesario para protección de la hacienda pública” (p. 12, el destacado no es del original).

Esto último lo preveía expresamente la nueva versión del art. 20 de la LOCGR:

“...Estos lineamientos también podrán agregar elementos adicionales para la motivación mínima que regula el art. 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, así como disponer los supuestos en que la Contraloría General decida resolver el conocimiento del refrendo desarrollado en esta ley” (p. 12, el destacado no es del original).

B.- La consulta de constitucionalidad

Este proyecto de ley fue aprobado en trámite de primer debate el 7 de diciembre de 2017 y el 18 de ese mismo mes se interpuso una consulta de diputados de varios partidos^[9] ante la Sala Constitucional. Esta versaba sobre los arts. 1 y 2 del proyecto. La consulta estaba basada en la opinión jurídica de la Procuraduría General de la República (PGR) OJ-057-2017, que constaba en el expediente legislativo, y en lo dicho por los representantes de esta en la comparecencia realizada el 30 de mayo de 2017 ante la comisión legislativa que conocía de la iniciativa.

De la opinión jurídica, los consultantes transcriben los siguientes párrafos:

“Es claro entonces que lo que pretende el proyecto de ley es eliminar totalmente el control previo de la Contraloría en materia de refrendos, dejándolo en manos de la Administración Pública, lo cual plantea una discusión de tipo constitucional frente a lo dispuesto en el numeral 184 de la Constitución y en la jurisprudencia emitida en esta materia (...).

Nótese que el refrendo previo de contratos en manos de la Contraloría no es una disposición de fundamento legal, sino constitucional. Lo anterior significa, que el régimen de refrendo puede modificarse por ley en aspectos y condiciones particulares, pero dichas modificaciones están limitadas por el precepto constitucional antes referido.

Es sobre este aspecto que el proyecto de ley presenta dudas de constitucionalidad, que en definitiva deberán ventilarse ante la Sala Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, pues debe considerarse que el proyecto de ley es general y no establece diferenciación alguna por monto o por naturaleza de las contrataciones administrativas y además, modifica una competencia que constitucionalmente está en manos de la Contraloría, para pasarla a la propia Administración Pública (...).

Por tanto, la **exclusión general para todos los contratos del refrendo ex ante** que realiza la Contraloría, así como la **delegación del refrendo** en otros órganos distintos a ésta para todos los casos, **presenta dudas de constitucionalidad** y por tal motivo la discusión final deberá plantearse ante la Sala Constitucional” (OJ-057-2017^[1]0, el destacado no es del original).

Respecto de lo dicho por los representantes de la PGR en la mencionada audiencia, el texto de la consulta transcribe lo siguiente:

*“La advertencia que hace la Procuraduría en este informe, lo que la Sala ha dicho es que si bien puede modular y ha flexibilizado el tema del refrendo de tal manera que la Contraloría pueda determinar qué contratos se llevan a refrendo y qué no, ha establecido que la necesidad del refrendo es base constitucional: **es una obligación constitucional con lo cual, no puede desaparecer del todo el refrendo.**”*

El proyecto de ley que nos sometieron a consulta, tenía como objeto eso, precisamente, es trasladar esta competencia para ejercer el refrendo en materia de contratación administrativa de la Contraloría a la administración contratante, como tal, toda la competencia.

En un análisis que hemos hecho de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, nosotros advertimos y lo hacemos así el informe, de que esto podría conllevar algún vicio de inconstitucionalidad del proyecto tal y como está en esta materia. Eso es una *observación de carácter general. Hablamos de una posible inconstitucionalidad en este punto. (...)*

*El art. 20 como dijo don Julio de la Ley Orgánica de la Contraloría, permite que en la actualidad se remita la administración al refrendo de algunos contratos, incluso en la práctica entiendo son la mayoría de ellos los que ya lo hace la administración. **El problema es la exclusión general y para todos los casos**, porque se está eliminando una competencia constitucional que ahora la regla es la competencia de la Contraloría, la excepción es el refrendo en manos de la administración y el proyecto lo que quiere es invertir esa regla y eliminar una competencia que a nuestro criterio no es legal sino constitucional”. (El destacado no es del original).*

Los consultantes concluían lo siguiente:

“Queda claro que existe una transferencia de competencias propias de la Contraloría a las Administraciones Públicas, así como de la eliminación del refrendo contralor por la vía de la legalidad, lo que deviene en la derogación de un principio establecido en la Carta Magna como herramienta indispensable para el ejercicio de la vigilancia de la Hacienda Pública, mediante la promulgación de la una ley ordinaria”.

C.- Informe de oficio presentado por la CGR

En el expediente 17-20070-0007-CO, en el que se tramitó esa consulta, consta el informe de oficio, es decir, no solicitado por la Sala Constitucional, presentado por la señora contralora. Es un documento extenso y, para su mejor comprensión, es pertinente transcribir los párrafos más representativos, aunque sean numerosos.

Primero justifica la iniciativa indicando que pretende fortalecer a la administración y concentrar a la CGR en el control posterior. El refrendo sigue siendo un control previo, pero no ejercido como tal por parte de la CGR.

“Este proyecto es el resultado de un largo proceso de reflexión que esta Contraloría General (...) y en el que se plantea como necesario, optimizar los controles previstos en protección de la Hacienda Pública en relación con un fortalecimiento de las responsabilidades de las Administraciones Públicas, todo esto en armonía con el bloque de legalidad y con particular observancia de las resoluciones que ese Tribunal Constitucional ha venido emitiendo en la materia a lo largo de los años. (...).

*Con ese propósito, la iniciativa plantea un cambio no en la naturaleza del **refrendo**, el cual **sigue siendo** –a tono con lo establecido constitucionalmente– **un control previo** que permite a los contratos administrativos desplegar sus efectos, **pero sí un ajuste en su aplicación pasando de un control externo a un control interno donde su impacto puede potenciar aún más.** (...).*

*Luego, este rediseño del refrendo fortalece la gestión pública a través del control interno, ya que las entidades serán responsables tanto por la calidad de los bienes y servicios que compran como de las obras que contratan y la oportunidad de los resultados alcanzados, **todo ello sometido al control posterior de la Contraloría** General como se indicará más adelante. (...).*

*Así las cosas, se justifica y resulta necesario que las propias instituciones públicas participen de manera activa y directa en la comprobación de legalidad de sus contrataciones, **pues en definitiva el control es un aspecto ínsito en la gestión administrativa** y la Administración Activa un componente órgano del sistema de control interno tal y como lo establece el art. 9 de la Ley General de Control Interno.*

A mayor abundamiento, son especialmente pertinentes las consideraciones formuladas por la Procuraduría General en la Opinión Jurídica n Para ilustrar la evolución del concepto de control y de quiénes deben ejercerlo, el informe cita unos pasajes de ese pronunciamiento de la PGR recién mencionado:

*“En nuestra Administración Pública tradicionalmente el concepto de control se ha asociado con la Contraloría General de la República y las auditorías internas, por una parte, y con el concepto de fondos públicos, por otra parte. Dentro de esa concepción ha sido normal estimar que dentro de la organización administrativa el control lo ejerce la auditoría y **que ese control está dirigido a determinar si los fondos públicos se han utilizado y administrado conforme a la ley y a las prácticas contables.** No se ha considerado a las autoridades administrativas como parte del control. **Asimismo, no se ha estimado que el sistema de control tiene otro objetivo distinto de la protección del patrimonio público.** incluido los fondos correspondientes. //La **aprobación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República obliga a reconsiderar el contenido y alcance de la función de control.** Este se concibe como un sistema, cuyos componentes fundamentales son la Contraloría General de la República como órgano rector y el control implantado al interno de cada organización administrativa por el jerarca respectivo. Se establece un sistema de fiscalización que exige el funcionamiento armónico de sus componentes, a efecto de permitir el control de los fondos públicos y de las actividades y fondos privados de origen público **y evaluar el desempeño administrativo.** No obstante, del control interno se regula sobre todo la auditoría.//Al aprobarse **la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos**, Ley N° 8131 del 18 de setiembre del 2001, **se refuerza la obligación de la administración pública de contar con un sistema de control interno** (art. 17), dirigido sobre todo a fiscalizar la adecuada utilización de los recursos financieros a cargo de la*

organización pública. Se dispone ya que el sistema de control interno es responsabilidad de la máxima autoridad de cada dependencia (art. 18). // **La Ley General de Control Interno, N° 8292 de 31 de julio de 2002, refuerza el concepto de sistema,** precisando de mejor manera los elementos integrantes de éste, sus objetivos y funciones. La Ley pretende reforzar la responsabilidad de los órganos de control interno (administración activa y auditorías internas) en esta función. **El control interno no depende de un órgano específico, la auditoría, sino de toda la organización y fundamentalmente de la jerarquía del ente.** Se parte del principio de organización que señala que el **control tiene como objeto preservar su propia existencia y contribuir con el logro de sus resultados. La administración activa se convierte, así, en un elemento esencial para el establecimiento del sistema de control interno y para su funcionamiento efectivo y eficiente, todo con el objeto de proteger los fondos públicos y garantizar la eficacia y eficiencia del aparato administrativo.** Objetivos que no corresponden a una Administración Pública en concreto, sino que deberían ser propios de toda organización administrativa". (OJ- 121-2004, el destacado no es del original).

La CGR trae a colación ese pasaje del pronunciamiento de la PGR con la finalidad de señalar que esas nuevas leyes, que modifican el paradigma del control, conciben el control interno como una tarea primordial de la propia administración activa, con lo cual dejar en manos de esta la realización del referendo calza perfectamente con esa nueva visión de control.

Pero ese pasaje merecería muchos comentarios más. Basta señalar que es oportuno leerlo también desde otra óptica: aquella que se detiene en considerar cómo las leyes mencionadas distinguen dos competencias distintas: la fiscalización de la Hacienda Pública y el control sobre la gestión del aparato administrativo. La tesis de la minoría en la presente consulta se apoya justamente en esa distinción, no sólo respecto de su naturaleza, sino de su origen: A la CGR le corresponde por disposición constitucional la fiscalización de la Hacienda Pública y, como fruto de un desarrollo legislativo, el control sobre la legalidad y la eficiencia de los controles internos; y estos no solo se refieren directamente a la gestión de los fondos públicos, sino a "**evaluar el desempeño administrativo**": es un control que busca "**contribuir con el logro de sus resultados**", es decir, "**garantizar la eficacia y eficiencia del aparato administrativo**". Seguramente, todo eso es positivo; pero trasciende con mucho la función de la fiscalización de la Hacienda Pública, al menos, lo que el constituyente entendía como Hacienda Pública^[3]11.

Continúa el documento de la CGR:

*Así las cosas, el proyecto **no desconoce el mandato del Constituyente Originario, en tanto no propone eliminar el referendo como herramienta de fiscalización aunque sí plantea un rediseño del mismo, pasando de ser un control previo externo a un control previo interno** (...).*

*En primer término, interesa señalar que el art. 184 inciso 1) de la Constitución Política, si bien dispuso establecer el referendo como parte de las funciones de la Contraloría General, lo cierto del caso es que **el Constituyente Originario no estableció una definición con respecto al referendo,** sus alcances y la manera en la que debe ser aplicado, reservando tales extremos a la ley ordinaria (...).*

*Dicho de otra manera, **la evolución que ha tenido la jurisprudencia de ese Tribunal Constitucional con relación al referendo, incluido el reconocimiento de las prerrogativas con las que cuenta el legislador ordinario para desarrollarlo,** generan oportunidades para la implementación de esquemas legislativos que, sin afectar la independencia de la Contraloría General, potencien la figura como un mecanismo de control que coadyuve en la vigilancia efectiva de la Hacienda Pública, en asoció con los esquemas y las estrategias de fiscalización definidas por el órgano contralor. (...).*

Lo dicho en estas últimas líneas es revelador: la CGR considera que la jurisprudencia de la Sala ha avalado que el legislador flexibilice las condiciones para ejercer el referendo. Gracias a ello, ya para ese momento, en virtud de lo dispuesto en el art. 20 LOCGR, esa institución definía cuáles contratos debían estar sujetos a su referendo. Y eso queda diáfamanamente explicado en el siguiente párrafo:

*Ahora bien, tratando de ahondar en el por qué se habla de la -presunta eliminación de una competencia que no es tal, parece que los consultantes **hacen una lectura ajustada en extremo al tenor literal del art. 184 inciso 1) de la Carta Magna,** con arreglo a la cual entienden que la única forma de aplicar lo allí dispuesto, es que la **Contraloría General refrende de manera directa todos y cada uno de los contratos del Sector Público so pena de violar la Norma Fundamental, con lo cual pasan por alto que desde el momento en que ese Tribunal Constitucional avaló parametrizar los contralor por referendar (sic), aceptó que el referendo de las obligaciones a cargo del Estado puede llevarse a cabo de distintas maneras.***

Sobre el particular, véase que la Constitución Política define a la Contraloría General como titular de una competencia, pero no exige que la ejerza de manera directa para todos y cada uno de los contratos que formalicen los entes, órganos y empresas públicas ni tampoco para una categoría o tipo específico de contratos, de ahí que el planteamiento que hacen los consultantes no solo desborda la letra de la propia Carta Magna, sino que llevada al plano de la realidad dicha pretensión resulta incapaz de soportar un análisis de lógica y, mucho menos, de razonabilidad.

En otras palabras, se acepta que la lectura que ahora se hace del art. 184.1 de la Constitución no es una lectura literal, que por lo demás, como se ha consignado aquí, sí lo hizo el legislador de 1950. Se dice que la Sala Constitucional aceptó que ese referendo se pueda llevar de diversas maneras. Ciertamente, no parece que la Sala haya suprimido la necesidad del referendo por parte de la CGR, pero avaló que el legislador la habilitara para que ella misma determinara cuándo debía ejercerlo. Eso supone quitarle a la CGR el peso de referendar "de manera directa todos y cada uno de los contratos del Sector Público". Seguramente es razonable que así sea, pero lo que ahora conviene destacar es que esto supone que la CGR no ejerce esta atribución de fiscalización de la Hacienda Pública del modo que el constituyente previó. Y esta situación, a juicio de la propia CGR, es beneficiosa. La CGR está de acuerdo con no ejercer esa atribución de manera directa y respecto de todos los contratos.

Un excursus necesario: las actas de la Asamblea Nacional Constituyente

Para que no quede duda sobre cuál fue la voluntad del constituyente sobre el quehacer de la CGR, en este punto es necesario hacer un excurso y traer al análisis, como se hizo en el voto salvado, los pasajes más significativos de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente. Por el contexto, no queda la menor duda de que lo que se tenía en mente era un órgano que estuviera focalizado en asuntos contables.

Al referirse al dictamen de mayoría, dice el representante Facio Brenes:

“Artículos 200 a 214, sobre régimen presupuestario y de contraloría general financiera.

*Si esto pasa, esto significaría quitarle al Presidente o, mejor dicho, racionalizar la **actuación financiera** del Ejecutivo. **No se trata de nada nuevo**: desde 1924 teníamos ya en la Carta del 71, el mal llamado Centro de Control, pero ahora incorporamos la tesis de contralor del presupuesto y de las finanzas públicas en forma integral a la Constitución. (...) La Comisión sí se basó para confeccionar estos capítulos, tanto en el reporte del señor Ketich, el técnico americano traído aquí por Calderón, como en el anteproyecto elaborado por altos funcionarios del Banco Nacional de Costa Rica y abogados especializados en la materia, y finalmente en las propias leyes orgánicas de Presupuesto No. 199 de 6 de setiembre de 1945, y Orgánica del Centro de Control No. 200 de la misma fecha, que entiendo fueron emitidas con base en el reporte de los señores ex-Ministros de Hacienda de la República”^{[1]2}.*

Adviértase que se hace referencia a la Contraloría en el capítulo “sobre régimen presupuestario y de contraloría general financiera” y dice que la propuesta –ese dictamen de mayoría– se nutre –entre otros– de la Ley del Centro de Control de 1945. De hecho, su art. 1 parece haber tenido una importante carga inspiradora para el constituyente:

*“Art. 1°.- Se reorganiza el Centro de Control de la República que estatuye el inciso 11 del art. 82 de la Constitución Política, al que compete, aparte de las demás funciones que las leyes le encomienden, **inspeccionar y vigilar la recaudación de impuestos y el pago de otras obligaciones a favor del Estado, la custodia de los bienes públicos y la correcta ejecución del Presupuesto Nacional.***

*Ejercerá con absoluta independencia de los demás Poderes las atribuciones de esta ley, como **delegado auxiliar del Poder Legislativo.***

Este Centro refunde el Tribunal de Cuentas. Llevará una contabilidad de contraste relativa a todos los centros de actuación oficial enlazada con fondos públicos, aparte de las cuentas que a su propio desempeño corresponden”

Y ese art. 82.11 de la Constitución Política de 1871 establecía:

*“Art. 82.- Son atribuciones exclusivas **del Congreso**: (...)*

*11.- Fijar los gastos ordinarios de la Administración Pública para el año siguiente, y los extraordinarios cuando sea el caso. **Velar porque esos gastos se ajusten a dicha fijación y cuidar de la debida y oportuna entrada y salida de los ingresos y egresos del Tesoro Público. Para el cumplimiento de dichos fines existirá un Centro de Control**, sin cuya intervención no se harán pagos por la Tesorería Nacional y **el cual vigilará, debidamente, la percepción de las rentas nacionales, y demás entradas y salidas de la República.** El Jefe de ese Centro y su respectivo suplente, serán de nombramiento del Poder Legislativo, y no podrá desempeñar, al mismo tiempo, ningún otro destino público. El Congreso examinará cada año los informes que deben presentarle los Secretarios de Estado y el Jefe de la Oficina de Control. (Así reformado por ley N° 6 de 26 de mayo de 1924).*

Es palmario que esa oficina tenía como campo de acción la Hacienda Pública. Pero, si aún quedara alguna duda, vale la pena referirse a otra de las fuentes de las que se nutría ese dictamen: el reporte del señor Ketich. En un acta posterior se explica su origen y sus recomendaciones.

Sobre el origen, este pasaje dice lo siguiente:

*“...la Cámara de 1924 propuso la reforma constitucional del caso, creándose **el llamado Centro de Control, encargado de la vigilancia y buena inversión de los fondos públicos.** Desgraciadamente tampoco esta medida dio los resultados esperados y **la Hacienda Pública continuó dando tumbos** en algunas administraciones, hasta llegar al desastre fiscal. En esas condiciones, se vio la necesidad de dictar medidas más drásticas en relación con la **Hacienda Pública.** Se solicitó la colaboración del Departamento de Estado de los Estados Unidos, quien envió a Costa Rica, a uno de sus técnicos. El técnico norteamericano trabajó en Costa Rica por espacio de algunos meses, al final de los cuales entregó su informe al Gobierno de la República”^{[1]3}.*

Entonces, el informe pretendía reordenar el tejido normativo e institucional relativo a la Hacienda Pública. Y las propias actas recogen sintéticamente las recomendaciones de este reporte:

*“El técnico norteamericano aconsejaba en su informe cuatro puntos fundamentales: 1) creación de la **Oficina de Presupuesto**; 2) **la Contraloría, dependiente del Poder Legislativo, con amplias facultades para actuar dentro de las reglas de su respectiva Ley Orgánica.** Al jefe de esa oficina se le dio una inamovilidad por un período largo, de ocho años, para evitar que fuera removido por razones políticas; 3) **Tesorería Nacional**, oficina principalísima a la cual se le concretó la función de hacer los pagos de gobierno exclusivamente, para acabar con ese mal de varias dependencias oficiales dedicadas al mismo fin. El Tesorero Nacional, de nombramiento del Ejecutivo, y finalmente, **la Proveeduría Nacional**, a fin de que exista un centro proveedor que, cuando en todos aquellos casos que fuere posible el sistema de licitaciones públicas, compre lo que realmente necesita el Gobierno. Esos puntos fueron los que indicaron los técnicos”^{[1]4}.*

Es decir, la Contraloría estaba concebida por el constituyente como una institución más, importantísima sin duda, entre la constelación de aquellas referentes a la Hacienda Pública. Por cierto, al referirse a las atribuciones hubo una cierta discusión en materia de aprobación de presupuestos^{[1]5}, pero nadie objeta la frase recogida hoy en el art. 184.1: “Son atribuciones de la Contraloría: a) **...ni constituirá obligación para el Estado, la que no haya sido refrendada por ella**”^{[1]6}. Claro que el constituyente no podía prever ni la magnitud del sector público ni el volumen de la contratación administrativa. Pero, de la lectura de la norma y de las actas, es difícil deducir que el constituyente pensara otra cosa que no fuera un refrendo ejercido directa y universalmente por la propia Contraloría, siendo que su labor estaba concentrada la fiscalización de la Hacienda Pública. Como indicio de ello, viene muy a propósito leer la frase anterior a la recién transcrita. Ese mismo art. 184.1 en su totalidad dice:

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

1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

Si el Constituyente pensó que toda orden de pago requería el visado contralor, cabe válidamente interpretar que toda obligación asumida por el Estado adquiriría eficacia hasta tanto recibiera el refrendo contralor.

Pero es preciso darle fin a este excurso y continuar con el análisis de lo dicho por la CGR en ese informe oficioso presentado ante la Sala Constitucional en el expediente en el que se conocía la consulta sobre el proyecto de ley presentado a instancias de aquella institución.

De nuevo las argumentaciones de la CGR

La CGR continúa su argumentación:

“Como puede advertirse, resulta impropio hablar de eliminación de una competencia constitucional que más bien se invoca, siendo que el propio proyecto establece que en el ejercicio pleno de dicha atribución, el órgano contralor definirá -a través de lineamientos por emitir- la forma, los términos y condiciones bajo los cuales las Administraciones Públicas refrendarán sus propias contrataciones, con lo cual se logra también la necesaria estandarización de procesos que urge en el Sector Público”.

Entonces la CGR considera que dar los lineamientos para que las administraciones activas realicen el refrendo es el modo en que ese órgano ejerce la atribución constitucional.

Luego refiere a la modificación que sufrió el texto original del proyecto:

“En ese sentido, el señalamiento que en su momento hizo la Procuraduría General se enfocó en advertir una posible exclusión total del refrendo contralor, lo cual en los términos recién indicados no corresponde con el texto actualizado del proyecto con la moción de fondo aprobada en la sesión n^o [1]7”.

Para tal efecto, interesa transcribir el acta de la sesión extraordinaria recién mencionada, en la cual participaron el Dr. Julio Jurado Fernández -Procurador General de la República- y la Dra. Silvia Patiño Cruz -Procuradora Adjunta-, los cuales manifestaron lo siguiente ante una consulta puntual del Diputado Monge Salas:

(...) Diputado Monge Salas: / Pero con la moción uno, que señala don Julio y que la Contralora ha sometido, ustedes creen que se solventa el vicio de constitucionalidad o no. / Dr. Julio Jurado Fernández: / Sí, si estaría solventado porque la función que se opone la Contralora es, en términos generales, lo mismo que ya reúne el art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría, que permite a la Contraloría, **determinar qué contratos van a refrendo de la administración y cuales son de refrendo de la propia Contraloría**. La moción tal y como la estamos entendiendo, es Otro excurso oportuno: las palabras del representante de la PGR

En este punto, es preciso hacer otro excurso, para mostrar de manera más integral la posición de la PGR en esa audiencia. Antes de esas palabras, el señor procurador manifestó lo siguiente:

“La Constitución en los artículos 183 y 184, entre otros, establecen la potestad de vigilancia y fiscalización de la hacienda pública, a cargo de la Contraloría General de la República. En el 184, la Sala Constitucional ha interpretado esta norma y ha establecido que la Constitución Política le atribuye a la Contraloría, la rectoría en el control de la contratación administrativa y señala que lo hace por medio de diversas formas o modalidades, una de ellas es el refrendo a los contratos administrativos.

Si bien la Sala le ha reconocido la posibilidad a la Contraloría de establecer las condiciones en las cuales ejerce esta competencia que la propia Sala ha derivado en el inciso primero del 184. Además ha señalado que sería inconstitucional la eliminación total de esta posibilidad del refrendo, es decir, la Sala a la hora de interpretar el 184 de la Constitución ha entendido que de ahí se deriva la potestad de la Contraloría de vigilar y fiscalizar lo relativo a la contratación administrativa, y la ha denominado que la Contraloría ejerza la rectoría en esta materia. Ha señalado que una de las modalidades es el refrendo a los contratos.

En su jurisprudencia también ha indicado que la Contraloría puede regular la forma en que se ejerce esta competencia, incluso en esa regulación podríamos pensar como efectivamente lo hace la Contraloría, puede establecer qué tipos de contratos, naturaleza, objeto, cuantía, requieren ser refrendados y cuáles no, lo cual ha implicado que en la práctica hayan contratos que no se refrendan por la Contraloría. Además, es una competencia que está en el art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría, en el cual ellos emiten el reglamento respectivo para hacer esta distinción.

La advertencia que hace la Procuraduría en este informe, **lo que la Sala ha dicho es que si bien puede modular y ha flexibilizado el tema del refrendo de tal manera que la Contraloría pueda determinar qué contratos se llevan a refrendo y qué no, ha establecido que la necesidad del refrendo es base constitucional; es una obligación constitucional con lo cual, no puede desaparecer del todo el refrendo.**

El proyecto de ley que nos sometieron a consulta, tenía como objeto eso, precisamente, es trasladar esta competencia para ejercer el refrendo en materia de contratación administrativa de la Contraloría a la administración contratante, como tal, toda la competencia.

En un análisis que hemos hecho de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, nosotros advertimos y lo hacemos así el informe, de que **esto podría conllevar algún vicio de inconstitucionalidad del proyecto tal y como está en esta materia**. Eso es una observación de carácter general. Hablamos de una posible inconstitucionalidad en este punto. (...).

Finalmente la reforma al art. 7, propone una reforma al art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría, pero **es una reforma que pareciera se contradice con el propósito y el objeto del proyecto de ley, porque es una reforma que da a entender que la Contraloría podría asumir o abocarse en algún momento al conocimiento del refrendo, cuando el propósito del proyecto de ley, este refrendo se traslade por completo a la administración contratante.**

Entre la reforma que se propone en el art. 20, el objeto y la finalidad del proyecto de ley, pareciera haber una contradicción. Tal vez habría que aclararlo en esos términos”^{[1]8}En honor a la verdad sobre esto último, hay que decir que, tal como se consignó aquí al hacer referencia a la exposición de motivos, la propuesta original incluía que el traslado no iba a ser total. Es oportuno reiterar la cita:

“...Estos lineamientos también podrán agregar elementos adicionales para la motivación mínima que regula el art. 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, **así como disponer los supuestos en que la Contraloría General decida resolver el conocimiento del refrendo desarrollado en esta ley**” (p. 12 de la Exposición de motivos; el destacado no es del original).

De manera que no es una contradicción como tal, sino que la finalidad del proyecto era trasladar el refrendo a la administración activa, pero dejando a la CGR la posibilidad de disponer en qué casos lo ejercería directamente.

Las palabras del procurador continúan:

“Esas son las observaciones puntuales que se hacen al proyecto y la general, es la que diga el principio y reitero que de cara a la jurisprudencia de la Sala Constitucional, el traslado de la competencia tal y como está, completamente, de la Contraloría a la administración contratante, **podría implicar una inconstitucionalidad** (...).

Tengo conocimiento de esto porque la señora Contralora me lo remitió dándome a entender que esa es la propuesta que ellos finalmente quieren hacer y se refiere a una moción que modificaría el art. primero del proyecto de ley. En esta moción, lo más relevante de lo que se propone aquí, es que con esta segunda propuesta que es una modificación al art. primero del proyecto, **la Contraloría volvería a tener la posibilidad de hacer el refrendo** y más bien ella determinaría en qué casos el refrendo le correspondería a la administración contratante.

Si esa va a ser la versión final, si se aprueba —y no sé si eso se ha discutido, si se presentó la moción o no— esta propuesta, **lo que diríamos es que en casi nada cambiaría el régimen tal cual funciona hoy en día.** Hoy en día tal y como está regulado el art. 20 de la Ley de Orgánica de la Contraloría y con el reglamento, con base en esta disposición de ley emite la Contraloría, esta establece qué contratos requieren del refrendo, ex antes (sic) del que hace la Contraloría y qué contratos se remiten a la administración contratante para que ella sea la que haga el refrendo y prácticamente quedaría igual el régimen jurídico^{[1]9}. (El destacado no es del original).

De nuevo las argumentaciones de la CGR

El informe de la CGR ante la Sala Constitucional sigue argumentando lo siguiente:

“...a través de la emisión de los lineamientos, en los que se regularán los aspectos mínimos que cada Administración Pública deberá verificar al momento de refrendar sus contrataciones y los supuestos que podrían requerir el refrendo contralor, la Contraloría General ejerce a cabalidad el rol de rectoría que el art. 12 de la LOCGR le reconoce respecto al Ordenamiento de Control y Fiscalización Superiores de la Hacienda Pública, cuya finalidad de conformidad con el art. 11 de dicha norma legal consiste en garantizar, la legalidad y eficiencia de los controles internos y el manejo de fondos públicos por parte de los sujetos pasivos de su fiscalización”.

De nuevo llama la atención que se distinguen perfectamente dos funciones: ejercer el control de la legalidad y eficiencia de los controles internos; y ejercer la fiscalización sobre el manejo de los fondos públicos. La última es la de raigambre constitucional, la primera de raigambre legal, tal como hemos sostenido en el voto salvado y en la presente nota.

La CGR reitera que trasladar el refrendo a las administraciones activas fortalece el control interno:

“En ese sentido y lejos de estar ante una supuesta violación al numeral recién mencionado, la Contraloría General estima que el proyecto potencia el resguardo de la Hacienda Pública, en la medida en que se fortalece el control interno institucional y las responsabilidades de las Administraciones Públicas, las cuales en acopio de su experiencia e idoneidad verificarán de manera directa el respeto al bloque de legalidad en sus procesos de compra de bienes y servicios”.

Es decir, para la CGR esta propuesta no lesiona el art. 183 de la Constitución Política, pues a su juicio los controles se potencian a partir del empoderamiento de las administraciones públicas. Y reitera el beneficio que para la institución reporta este proyecto:

“Aunado a lo anterior, esto permitirá a la Contraloría General concentrar sus recursos en apoyar los procesos de capacitación que viene implementando, el cumplimiento de las otras atribuciones que también ostenta en materia de contratación administrativa, como es la resolución —actuando como jerarca impropio— de recursos de objeción en contra de pliegos cartelarios y las impugnaciones que se presenten en contra de actos de adjudicación que por monto le corresponde conocer, así como el ejercicio de su fiscalización posterior en la materia con arreglo a su independencia funcional”.

En otros términos: el telos de la iniciativa estaba en concentrar a la CGR, en materia de contratación administrativa, en el ejercicio del control ex post.

D.- La resolución [2018-02396](#) de la Sala Constitucional

Interesa ahora señalar qué resolvió la Sala sobre dicha consulta. Y también algunas de las piezas anejas a la resolución misma.

1.-El voto de mayoría

La mayoría de la Sala consideró que el art. 1° del proyecto de ley sometido a consulta resultaba inconstitucional. El texto de la propuesta decía lo siguiente:

“Art. 1- Sobre el refrendo e instancias competentes

El refrendo de los contratos que suscriba toda la Administración Pública es un requisito de eficacia de los contratos administrativos, mediante el cual se verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, las

reglas del cartel y los términos de la oferta del contratista.

En el ejercicio de la competencia constitucional del refrendo, la Contraloría General de la República regulará esta competencia y determinará la forma en la que las administraciones refrendarán las contrataciones que ejecuten. **En los lineamientos se indicarán los casos en los que podrían requerir ser presentados para el refrendo del órgano contralor.**

La emisión del refrendo estará a cargo de las asesorías jurídicas institucionales o aquella otra instancia con especialidad jurídica designada por el jerarca.

El refrendo, en ningún caso, podrá estar a cargo de la Auditoría Interna, que auditará cómo la Administración realiza esta función.

La Administración podrá otorgar el refrendo mediante los medios electrónicos que se encuentren disponibles en el sistema unificado que regula la Ley No. 7494, Ley de Contratación Administrativa, de 2 de mayo de 1995.

El refrendo de los contratos deberá resolverse en un plazo de veinticinco días hábiles, cuando se trate de licitación pública, y de veinte días hábiles, en los casos restantes^{[2]0}. (El destacado no es del original).

Sobre dicho numeral, la mayoría dispuso lo siguiente:

"[E]l art. 1° del proyecto de Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública es inconstitucional, pues la delegación del refrendo contralor contradice los artículos 9 y 184, inciso 1, de la Constitución Política, que asigna dicha competencia en forma expresa, inequívoca e indelegable a la Contraloría General de la República, de manera que cualquier modalidad de delegación de esta función en cualquier órgano, requiere de una reforma constitucional".

Entonces, la mayoría de la Sala estimó que no era factible delegar de forma absoluta las competencias constitucionales confiadas a la CGR, en atención a lo establecido en el art. 184.1 de la Constitución Política, que dice lo siguiente: "ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella". Las consideraciones realizadas por la mayoría de la Sala fueron las siguiente:

“DELEGACIÓN ABSOLUTA DEL REFRENDO CONTRALOR E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 1° DEL PROYECTO DE LEY SOMETIDO A CONSULTA.

El art. 1° del proyecto de ley sometido a consulta propone la descentralización de la competencia –refrendo– de la Contraloría General de la República en las respectivas administraciones públicas, concretamente, en las asesorías jurídicas institucionales o en otras instancias con especialidad jurídica designadas por el jerarca. **Subsidiariamente, tal numeral señala que, solamente en algunos casos, el refrendo podría estar a cargo del citado órgano contralor.** De este modo, se traslada prácticamente por completo el refrendo de los contratos administrativos establecido, expresamente, en el ordinal 184, inciso 1°), de la Constitución Política, a la propia administración contratante, eximiéndose de esta labor a la Contraloría General de la República. **En otros términos, la regla general pasa a ser que el refrendo lo lleve a cabo las administraciones activas y, de forma meramente excepcional o residual, la Contraloría General de la República.**

(...) la delegación total de la competencia propuesta por el legislador –traducida, en el fondo, en una supresión o cercenamiento de funciones–, resulta claramente inconstitucional. El art. 1° del proyecto de ley consultado contradice **frontalmente el sentido literal del ordinal 184, inciso 1°) constitucional.** Nótese que sin mediar, como hubiera correspondido, una reforma al propio texto constitucional, el legislador ordinario –mediante el proyecto de ley consultado–, no solo transfirió ilegítimamente la mencionada competencia concedida expresa, inequívoca y claramente a la Contraloría General de la República, sino que, a su vez, vació de contenido el funcionamiento de este último órgano en lo que a esta materia en particular se refiere. En esencia, se configura una severa violación a las potestades que la Carta Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República para la vigilancia y fiscalización de la Hacienda Pública.

(...) para esta Sala no pasa desapercibido el hecho que, atendiendo a la realidad actual, posiblemente, se haya vuelto necesario que el refrendo de la contratación administrativa sea ejecutado exclusivamente por las administraciones contratantes. Ciertamente, aspectos tales como los cambios sufridos históricamente en la organización administrativa, la necesidad de brindar mayor eficiencia y agilidad a los procedimientos de contratación, la disposición de nuevas herramientas tecnológicas y la búsqueda de una mayor modernización de los controles, entre otros, podrían eventualmente dar sustento a esta nueva forma de pretender llevar a cabo la citada función. No obstante, la competencia bajo estudio, como se ha dicho, ha sido otorgada clara y expresamente al órgano contralor de la República por parte del constituyente originario y, como tal, dicha voluntad debe respetarse. No cabe una reforma legal que desnaturalice el contenido esencial de la norma constitucional. De este modo, el legislador ordinario, no cuenta, de modo alguno, con discrecionalidad para excluir totalmente al órgano contralor de la función relacionada con el refrendo de los contratos administrativos, tal y como se pretende con el presente proyecto de ley.

VII.- Conforme se explicó *supra*, la competencia del refrendo es de suma relevancia en materia de contratación administrativa, por lo que el constituyente originario determinó que fuera ejecutada, regulada y vigilada por el órgano constitucional encargado de fiscalizar la Hacienda Pública, para que así, consecuentemente, se garantizaran y reforzaran los principios de transparencia y publicidad que deben mediar en la gestión administrativa y, paralelamente, se combatieran todos aquellos actos de corrupción. De ahí que, dicho órgano contralor debe mantener incólume tal función esencial conferida originariamente en nuestra Carta Magna mediante el ordinal 184, inciso 1°). **De ninguna manera, se puede delegar de forma absoluta**". (El destacado no es del original).

En lo relativo al art. 2 del proyecto de ley^{[4]21}, citando la opinión consultiva n.º2008-11210, la mayoría de la Sala estimó que este no era inconstitucional, pues los citados artículos 183 y 184 no establecen un momento preciso en el que deba darse el refrendo.

2. El voto de minoría sobre el art. 1 del proyecto de ley

Interesa detenerse en el voto de minoría –integrada por los magistrados Castillo Viquez, Rueda Leal y Salazar Alvarado– respecto del art. 1 del proyecto de ley. En este se afirmó que la Constitución no exige el ejercicio del control previo por parte de la CGR en materia de contratación administrativa y que la propuesta legislativa respondía a la imposibilidad material de que el órgano contralor llevara a cabo la fiscalización y control de la legalidad de la contratación administrativa en una única sede. La minoría sostuvo que

la propuesta era más garantista en la protección de los fondos públicos y se refirió a la evolución de la figura del referendo e indicó que no resulta inconstitucional que se traslade el referendo a las administraciones activas reservándose la CGR la potestad normativa, de vigilancia y fiscalización. Estas fueron sus palabras:

“B.- Corresponde al legislador determinar la forma en que la Contraloría General de la República ejerce el referendo. (...) Es claro que no procedería una eliminación genérica de las facultades que ha establecido el constituyente, pero ello no es óbice para que el legislador logre ajustar a los tiempos actuales las competencias constitucionales y legales asignadas a la Contraloría. La jurisprudencia ya ha reconocido que, a pesar de las modificaciones a ciertas leyes, estas resultan constitucionales, porque se conserva y se mantiene la competencia constitucional del referendo, leyes en las que el legislador tiene un amplio margen de discreción para regularlo (sin disminuir o eliminar esas competencias). En este sentido, se establece en el proyecto de ley una nueva forma del ejercicio de la competencia constitucional en línea con la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, cuando la instituye como un órgano rector en la materia de fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública. Exigir que intervenga en todo tipo de contratación administrativa del Estado en el universo institucional costarricense actual, no resulta lógico ni conveniente para los intereses públicos, pues su intervención debe ser organizada y racionalizada por el legislador tomando en cuenta los cambios que ha sufrido la organización administrativa costarricense en el devenir histórico, así como el uso de las herramientas tecnológicas en el ejercicio de esa competencia constitucional; lo contrario resulta imposible. Ahora bien, tomando en cuenta la textura abierta que el art. 184 inciso 5) de la Constitución Política establece, en particular de los deberes y atribuciones de la Contraloría General de la República, en el tanto establece aquellas que le asigne la Constitución o las leyes, se estima, sin apartarse de su posición inicial de concebir el referendo como un mecanismo genérico de aprobación y control de la legalidad de la administración contratante en materia de contratación, que es constitucionalmente posible diseñar una nueva forma en su aplicación e, incluso, regulando los casos excepcionales; pero no reducir ni eliminar la competencia que por mandato constitucional compete al órgano contralor. En este sentido, se reafirma que en el ejercicio de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva que ejerce la Contraloría General de la República, que puede igualmente hacerse de forma directa o indirecta conservando las potestades de fiscalización sobre todo el conglomerado administrativo y de instituciones que tiene bajo su control, el legislador puede trasladar el referendo a las administraciones activas reservándose la Contraloría las potestad normativa, de vigilancia y fiscalización. Ciertamente se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, salvo los supuestos genéricos en que el constituyente originario lo impone (2008-11210). En este sentido, el legislador goza de la libertad de configuración al aprobar la respectiva regulación legislativa, pero no puede reducir ni eliminar la función del referendo contralor, sin que, lógicamente, se quiebren principios trascendentales del control que técnicamente debe llevar a cabo la Contraloría General de la República por mandato expreso del Derecho de la Constitución (valores, principios y normas)” (El destacado no es del original).

Quizá el paso de los años permite advertir que entre las tesis de la mayoría y de la minoría había más cercanía de la que a primera vista podría parecer. Ambas coinciden en que es una atribución constitucional, y que cabe que la CGR no la ejerza en todos los casos, y que el traslado del referendo a la administración activa no podía ser absoluto.

Sin embargo, es interesante transcribir otros pasajes de ese voto salvado porque muestran el talante de apertura a la posición defendida por la propia CGR y con ello a una modificación significativa del marco legal.

“Lo anterior es conteste, en parte, con lo que afirma la propia División de Contratación Administrativa en su informe DCA-0440 del 27 de febrero de 2017, [que] indicó que:

‘El proyecto es coincidente con el ejercicio sobre la pertinencia de los controles previos que propone a las Entidades Superiores de Fiscalización la Declaración de Lima de la Organización Internacional de Entidades de Fiscalización Superior (INTOSAI por sus siglas en inglés) y a su vez atiende las propuestas efectuadas por parte de la OCDE en el Informe sobre Gobernanza Pública sobre nuestro país, efectuado en el año 2015. En dicho documento la OCDE no solamente, advierte de la necesidad de adaptar el control que ejerce la Contraloría, con el objetivo de pasar de un control previo a un control posterior, sino que además explica que la tendencia a nivel mundial que propugna por ese cambio se encuentra influenciado por los cambios en el tamaño del gobierno, la innovación tecnológica, el cambio hacia la gestión por rendimiento y las nuevas formas de prestación de servicios’. (El destacado no es del original).

De manera que un documento de la OCDE que recomienda que la CGR pase a realizar un control posterior respalda la propuesta, y esto es destacado por la minoría.

3. La nota del magistrado Jinema Lobo y la magistrada Hernández López

Los magistrados Jinema Lobo y Hernández López suscribieron una nota separada en la que enfatizaron el hecho de que era inconstitucional pretender delegar de manera absoluta las competencias constitucionales de la CGR:

“Es un principio esencial del Estado constitucional de Derecho que las competencias constitucionalmente asignadas de manera expresa por el constituyente, no pueden ser delegadas o transferidas. Así se desprende del principio de separación de funciones y de la norma constitucional expresa contenida en el ordinal 9°, párrafo 2°, de la Constitución que dispone que “Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”. La Contraloría General de la República, si bien es una “entidad de fiscalización superior”, en el diseño constitucional costarricense, se encuentra adscrita a la Asamblea Legislativa, tanto que, el numeral 183 de la Constitución preceptúa que es una “institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública”. El constituyente, entonces, le asignó a la Asamblea Legislativa, por medio de un órgano constitucional auxiliar, denominado Contraloría General de la República, la “vigilancia de la Hacienda Pública”. La independencia de la Contraloría General de la República o su carácter de órgano desconcentrado, constitucionalmente hablando, de la Asamblea Legislativa, no permite entender que sus competencias constitucionales las pueda transferir o delegar, por cuanto, en último término, le fueron asignadas a la Asamblea Legislativa o Poder Legislativo. Nótese que la competencia esencial de la Contraloría General de la República, es, en representación del Congreso, vigilar la Hacienda Pública. El referendo (sic) en materia contractual administrativa, es una

competencia esencial o nuclear de tal potestad de fiscalización de la Asamblea Legislativa, según se desprende del art. 184, inciso 1°, de la Constitución, cuando afirma que no “constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella” - Contraloría-, pero que ejerce un órgano desconcentrado especializado, por lo que no puede ser delegada o transferida, menos aún a las administraciones públicas activas que, obviamente, no forman parte del Poder Legislativo”.

Como se puede observar, subrayan la imposibilidad de delegación o transferencia de competencias de la CGR en términos más severos que los utilizados en la resolución de la mayoría.

E.- El informe de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa

Luego de la resolución de la consulta, el departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa emitió un último informe (AL-DEST-CEC- 399-2018), en el que realizó las siguientes advertencias:

“En el caso en estudio, el legislador ordinario se encuentra imposibilitado para modificar el diseño constitucional elaborado por el constituyente originario.

De forma tal que, que lo propuesto en este proyecto de ley en el art. 1, únicamente procede mediante las siguientes opciones:

d mediante una reforma general de la Constitución Política realizada por una Asamblea Nacional Constituyente convocada al efecto, conforme al art. 196 de la Constitución Política.

e mediante una reforma parcial a la Constitución Política conforme lo señala el art. 195 de la Constitución Política”.

Dicho departamento recomendó archivar el expediente o realizar los procedimientos legislativos correspondientes con el propósito de eliminar el art. 1 del proyecto de ley:

“A tenor de los señalamientos efectuados por la Sala Constitucional, esta asesoría hace las siguientes sugerencias a la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad a fin de que esta Comisión las valore:

- 1. La Comisión de Consultas de Constitucionalidad puede recomendar al Plenario el Archivo del Expediente.*
- 2. La Comisión de Consultas de Constitucionalidad puede recomendar al Plenario devolver el proyecto de Ley a la Comisión Dictaminadora para que esta proceda a realizar los ajustes en el Proyecto de Ley de forma tal que elimine el art. 1 del proyecto.*
- 3. El Plenario Legislativo puede conocer el dictamen de la Comisión y mediante la aprobación de una moción vía art. 177 del Reglamento de la Asamblea, esa instancia (el Plenario) puede convertirse en Comisión General y mocionar para realizar los respectivos ajustes y eliminar el art. constitucional mediante el procedimiento legislativo extraordinario de dispensa de trámites.*
- 4. **En todo caso, debe quedar claro que lo propuesto en el art. 1 del proyecto de Ley es inconstitucional y que una reforma en ese sentido no le compete al legislador ordinario.** de forma tal que, lo propuesto en el art. 1 del proyecto de ley, solo puede darse, o mediante un proyecto de Reforma Parcial a la Constitución Política (Art.195), o mediante una reforma general a la Constitución Política (Art.196)” (El destacado no es del original).*

Como puede observarse el informe manifiesta que es necesario suprimir el art. 1 y, se entiende, todo lo que es conteste con él.

F.- La aprobación de la nueva ley

Luego de ese informe, el expediente fue examinado por la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad y, al realizar la siguiente propuesta, dicho órgano parece haber acogido parcialmente lo sugerido por el informe de Servicios Técnicos:

“HACEN LA SIGUIENTE MOCIÓN:

De conformidad con la resolución de la Sala Constitucional número 02396-2018 dada el 14 de febrero de 2018, el expediente legislativo N° 20.202 “LEY SOBRE EL REFRENDO DE LAS CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”, es inconstitucional, toda vez que la delegación del refrendo contralor contraría lo establecido en la Constitución Política.

Por lo anterior y tomando en cuenta el informe AL-DEST-CEC-399-2018 del Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos sobre este tema, se recomienda al Plenario Legislativo la aprobación de la siguiente enmienda:

“LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

LEY SOBRE EL REFRENDO DE LAS CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ART. 1-Sobre el refrendo

El refrendo de los contratos es un requisito de eficacia de los contratos administrativos, mediante el cual se verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajusta sustancialmente al ordenamiento jurídico, las reglas del cartel y los términos de la oferta del contratista”.

Ciertamente se suprime parte del art. 1, pero –a mi juicio– deja intacta la médula de la propuesta, en el sentido de que establece un marco que establece en qué condiciones la administración daría el refrendo (ya no la CGR). Ciertamente, no dice ya de manera expresa que se traslada a la administración activa el refrendo, pero todo el articulado responde a esa lógica. Por lo demás, se eliminó cualquier referencia a la reforma de la LOCGR, la cual se dejó incólume, pues la versión vigente entonces, y ahora, del art. 20 permite que la CGR establezca sobre cuáles contratos ejercerá el refrendo.

En síntesis, el núcleo de la iniciativa quedó igual y hoy es la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, N°. 9665, del 21 de febrero de 2019. Antes de la ley, si la CGR estimaba que no era necesario que el contrato fuera sometido al examen de ese órgano para que este diera o no el refrendo, el contrato como tal solo recibía la aprobación. Hoy, cuando el contrato no requiere el refrendo contralor, recibe el refrendo por parte de la administración activa.

G.- Conclusión

El refrendo es uno de los medios para fiscalizar la Hacienda Pública y el constituyente en el art. 184.1 otorgó a la CGR la atribución

de ejercerlo. El proyecto de ley que se tramitó en el expediente legislativo N°. 20.202, presentado a instancias de la CGR, con el apoyo de muchos partidos, buscaba trasladar el refrendo a la administración activa, reservando la posibilidad de que esta lo ejerciera solo sobre algunos contratos. La iniciativa fue justificada tanto por la necesidad de que la administración activa ejerciera el control interno como por la de que CGR se concentrara en control *ex post*.

Al principio la PGR planteó dudas de constitucionalidad, bajo el entendido de que el proyecto planteaba un traslado absoluto de las competencias. Ella misma, ante la posibilidad de aprobar una moción que variaba el art. 1 del proyecto, estimó que podrían estar resueltas, bajo el supuesto de que la situación sería similar a la que hasta entonces existía. Sin embargo, sobre la base de esas dudas, se presentó una consulta legislativa por parte de varios diputados. Al resolverla, pese a advertir que cabría que por excepción la CGR ejerciera la atribución, la Sala estimó que el art. 1 era inconstitucional, pues consideró que, aunque se ha avalado que la CGR pueda establecer las condiciones para su ejercicio, “de ninguna manera, se puede delegar de forma absoluta”. Hubo un voto salvado que subrayó que el traslado no es total y se decantó por apoyar las nuevas tendencias en materia de control, es decir, que en contratación administrativa por parte de la CGR fueran *ex post*.

Tanto la mayoría como la minoría avaló que ese órgano no ejerciera en todos los casos la atribución constitucional. La diferencia es que la mayoría puso el acento en que el traslado de la atribución a las administraciones activas no debía ser total.

El proyecto se convirtió en ley, luego de que se suprimió el aspecto problemático del art. 1, que era el que expresamente establecía el traslado casi absoluto de la atribución. No fue necesaria la modificación del art. 20 de la LOCGR, pues ya le daba la posibilidad de que la propia CGR señalara cuáles contratos estarán sometidos al refrendo contralor. La innovación consistía en que los que no estuvieran sujetos al refrendo contralor, recibirían el refrendo de la propia administración activa, ya no sólo su aprobación interna. Es claro que la ley parte del hecho de que ese traslado puede darse. Nótese que, por ejemplo, que el art. 5 de esa ley dice lo siguiente:

Art. 5- Sobre el control interno de las labores del refrendo

*Cada Administración deberá incorporar a su sistema de control interno las medidas necesarias para garantizar, **cuando le corresponda, el ejercicio del refrendo** de sus contratos con observancia de los principios de eficiencia y sana administración de los recursos públicos.*

Estos modelos de control interno estarán sujetos a la fiscalización de la Contraloría General. La Administración deberá valorar en su estrategia de refrendo la capacidad de las instancias o unidades especializadas en esa actividad. (El destacado no corresponde al original).

Ahora bien, con este nuevo cuerpo legal se consolida la modulación permitida por la Sala Constitucional, mediante la resolución n.°1999-09524 (citada en el voto de minoría de la presente consulta), respecto del ejercicio de una atribución –la de ejercer el refrendo– que el constituyente originario quiso dejar en manos de la CGR y que indubitadamente se refiere a la competencia originaria, es decir, la de fiscalizar la Hacienda Pública, no a atribuciones relativas al control de legalidad y eficiencia sobre el control de la gestión de la administración.

No se ha presentado inconstitucionalidad respecto de esta ley, tampoco por parte de la CGR, lo que hace presumir que no tiene objeción, pese a que no ejerce el refrendo, según la literalidad del art. 184.1 citado. Y es lógico que así sea, pues tanto esa resolución n.°1999-09524 como este proyecto de ley se tramitaron a petición de la CGR.

IV. Consideraciones finales

Decía al principio que no se deben confundir los planos de análisis y que el que le corresponde hacer a la Sala es de constitucionalidad. También aludí a la importancia de distinguir el origen de las atribuciones que ejerce la CGR. Ahora, a modo de colofón, quisiera poner de relieve que esto último tiene consecuencias de primer orden. Si la Sala ha modulado –o ha avalado– la modulación que el propio legislador ha hecho del ejercicio de las atribuciones de origen constitucional del órgano contralor para adaptarlas a las circunstancias actuales, por ejemplo, en las resoluciones n.°1999-09524 y n.°2018-02396 (pese a que esta última señaló los límites de esa modulación), cuánto más se debe respetar la libre configuración del legislador respecto de aquellas atribuciones que, invocando el art. 184.5 de la Constitución Política^[2], él mismo ha puesto en manos de la CGR. Lo anterior, no es dar carta libre a la arbitrariedad, sino evitar el anquilosamiento del ordenamiento jurídico. El legislador, haciendo un juicio de oportunidad y conveniencia, en el marco del Derecho de la Constitución, determinará a lo largo del tiempo qué es lo más apropiado para la solidez del Estado de Derecho, la estabilidad política y el desarrollo económico y social del país.

Anamari Garro V.

[1] Acta de la Asamblea Nacional Constituyente, número 49, art. 3, discurso del Representante Facio Brenes.

[2] Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, número 162, art. 3, palabras del representante Arias Bonilla.

[3] *Idem*.

[4] Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, número 162, art. 3, palabras de los representantes Arias Bonilla y Facio Brenes.

[5] Véase Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, acta número 165, que recoge la aprobación de las mociones por las que se introducen los actuales arts. 183 y 184 de la Constitución Política.

[6] Ley 8494 del 30/03/2006, Reformas del Marco Legal que Asigna Competencias a la Contraloría General de la República en el Régimen Municipal (Reformas al Código Municipal, a la Ley sobre Nombramiento Comisiones de Festejos Populares y a Ley de Impuesto sobre Bienes Inmuebles), Expediente legislativo 14484; Ley 8823 del 05/05/2010, Ley de Reforma de Varias Leyes sobre la Participación de la Contraloría General de la República para la Simplificación y el Fortalecimiento de la Gestión Pública,

Expediente legislativo 16790.

[7] Téngase presente que en esta ocasión la CGR no logró su propósito: que se le despojara de atribuciones que, según su parecer, no le correspondía ejercer. Quizá por eso, para objetivos similares, varió la estrategia y acudió directamente al legislador solicitando que este reformara las leyes. Al menos, eso se puede válidamente concluir de la promulgación de las leyes citadas, que son posteriores a esta resolución: Ley 8494 del 30/03/2006, Reformas del Marco Legal que Asigna Competencias a la Contraloría General de la República en el Régimen Municipal y Ley 8823 del 05/05/2010, Ley de Reforma de Varias Leyes sobre la Participación de la Contraloría General de la República para la Simplificación y el Fortalecimiento de la Gestión Pública.

[8] No se profundiza en esta resolución, pues se examina ampliamente en la nota conjunta de los magistrados Castillo Víquez, Rueda Leal y Salazar Alvarado, así como en la nota de la magistrada Garro Vargas.

[9] Art. 4 de la LOCGR de 1950.

[1]10 Véase epígrafe I, el segmento en el que se hace un breve análisis de las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente.

[1]11 “En este sentido, cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido, resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados”.

[1]12 Salvo claro está lo establecido en las siguientes normas de la Constitución: Art. 24.- La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Art. 175.- Las Municipalidades dictarán sus presupuestos ordinarios o extraordinarios, los cuales necesitarán para entrar en vigencia, la aprobación de la Contraloría General que fiscalizará su ejecución. Art. 179.- La Asamblea no podrá aumentar los gastos presupuestados por el Poder Ejecutivo, si no es señalando los nuevos ingresos que hubieren de cubrirlos, previo informe de la Contraloría General de la República sobre la efectividad fiscal de los mismos. Art. 181.- El Poder Ejecutivo enviará a la Contraloría la liquidación del presupuesto ordinario y de los extraordinarios que se hubieran acordado, a más tardar el primero de marzo siguiente al vencimiento del año correspondiente; la Contraloría deberá remitirla a la Asamblea, junto con su dictamen, a más tardar el primero de mayo siguiente. La aprobación o improbación definitiva de las cuentas corresponde a la Asamblea Legislativa.

[1] Véase Expediente Legislativo N°. 20.202, texto base del proyecto.

[2] Por cierto, esto no está expresamente recogido en la exposición de motivos del texto base, pero sí en el informe de la CGR que consta en el expediente 17-020070-0007-CO de esta Sala, correspondiente a la consulta de varios diputados sobre este proyecto de ley, evacuada en la resolución 2018-02396, que en su resultando 3 dice: “Mediante escrito presentado el 30 de enero del año en curso, la señora Marta Eugenia Acosta Zúñiga, en su condición de Contralora General de la República, señala que la iniciativa nació en el seno de la propia Contraloría, que no elimina el refrendo contralor sino lo rediseña. Argumenta que el proyecto tampoco lo relativiza, y mucho menos lo suprime, como requisito de eficacia de los contratos administrativos, razón por la cual no la estima contraria a los artículos 183 y 184 inciso 1) de la Constitución Política”. Luego se analizará con detalle ese informe.

[3] Se realizaron consultas a muchas instituciones: Corte Suprema de Justicia, Autoridad Reguladora Servicios Públicos, ministerios, instituciones autónomas y semiautónomas, universidades estatales, y municipalidades del país, bancos de sistema bancario nacional, Defensoría de los Habitantes, Autoridad Presupuestaria, Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Nacional, Superintendencia General de Entidades Financieras, Superintendencia de Pensiones, Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, etc.

[1] “En ese sentido puede verse lo dispuesto por el art. 17 del reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública”. (Hasta acá, nota del documento original).

Por entonces, esa norma señalaba:

Art. 17.-Refrendo interno. De conformidad con lo establecido en el art. 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, estará sujeta al refrendo interna de la Administración, la actividad contractual excluida del refrendo, pero únicamente en los siguientes casos:

- 1) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública no sujeto a refrendo.
- 2) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de licitación abreviada, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación abreviada establecido en el art. 27 de la Ley de Contratación Administrativa, según el estrato que corresponda a la Administración contratante.
- 3) Todo contrato administrativo derivado de procedimientos de contratación directa autorizados por la Contraloría General de la República con fundamento en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, en el tanto así se disponga en el oficio de autorización respectivo.
- 4) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación de las excepciones de oferente único, establecida en el inciso d) del art. 2 de la Ley de Contratación Administrativa, y de objetos que requieran seguridades calificadas, dispuesta en el inciso h) del art. 131 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de licitación abreviada establecido en el art. 27 de la Ley de Contratación Administrativa, según el estrato que corresponda a la Administración contratante.
- 5) Todo contrato administrativo de entes, empresas u órganos públicos cuya actividad contractual esté regida por principios de contratación y no por los procedimientos de selección del contratista previstos en la Ley de Contratación Administrativa y en su Reglamento, en el tanto no estén sujetos al refrendo y el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación abreviada establecido en el art. 27 de la Ley de Contratación Administrativa, según el estrato que correspondería a la Administración licitante. Para efectos de la aplicación de este art., la estimación del precio del contrato considerará únicamente el plazo original del contrato y no sus eventuales prórrogas.

[5] Según la exposición de motivos se trata de las siguientes resoluciones: 2008-011210, 2008-010450, 2016-007360.

[6] Art. 184. 1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; **ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella**; (El destacado no es del original).

[7] Art. 4º.- Son funciones primordiales de la Contraloría General de la República: (...) e) Refrendar las obligaciones del Estado (...).

[2] La norma vigente entonces, y ahora, dice:

Art. 20.- Potestad de aprobación de actos y contratos. Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.

La administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación, previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato.

La Contraloría General de la República determinará, reglamentariamente, las categorías de contratos que, por su origen, naturaleza o cuantía, se excluyan de su aprobación; pero, en este caso, podrá señalar, por igual vía, cuáles de estas categorías estarán sometidas a la aprobación por un órgano del sujeto pasivo.

En todos los casos en que un acto o contrato exija legalmente la aprobación de la Contraloría General de la República o de otro ente u órgano de la Hacienda Pública, la inexistencia o la denegación de la aprobación, impedirán la eficacia jurídica del acto o contrato y su ejecución quedará prohibida, so pena de sanción de nulidad absoluta. Cuando la ejecución se dé, mediante actividades o actuaciones, estas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute.

[9] Véase, expediente 17-020070-0007-CO, escrito de interposición.

[1]10 Por cierto, esa opinión jurídica se refiere a la jurisprudencia de la Sala, matizando lo dicho en la exposición de motivos, que alude a esta para justificar la propuesta.

[3] Sobre la noción actual de Hacienda Pública, ver art. 8 de la LOCGR que dice:

Art. 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** (...). (El destacado no es del original). (Así reformado por el inciso d) del art. 126 de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre del 2001). Sobre este artículo, ver lo dicho en el voto de minoría.

[1]12 Acta de la Asamblea Nacional Constituyente, número 49, art. 3, discurso del Representante Facio Brenes.

[1]13 Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, número 162, art. 3, palabras del representante Arias Bonilla.

[1]14 Idem.

[1]15 Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, número 162, art. 3, palabras de los representantes Arias Bonilla y Facio Brenes.

[1]16 Véase Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, acta número 165, que recoge la aprobación de las mociones por las que se introducen los actuales artículos 183 y 184 de la Constitución Política.

[1]17 Esa posibilidad en realidad estaba ya prevista en el proyecto original, concretamente, en el texto de reforma del art. 20 de la LOCGR *in fine*, tal como supra se señaló, pero ese texto fue suprimido de la propuesta final. No era necesaria. Con la versión vigente entonces y ahora del art. 20 la CGR está habilitada para definir sobre cuáles proyectos ejerce directamente el refrendo contralor.

[1]18 Comisión Especial del Sistema Político Costarricense, Expediente N.º 19.223 que conoció el expediente legislativo N.º 20.202, Acta de la sesión extraordinaria N.º 4 del martes 30 de mayo de 2017.

[1]19 Idem.

[2]20 Se destaca una de las frases que modifican el texto base y que se refiere a la posibilidad de que la CGR ejerza directamente el refrendo.

[4] Art. 2- Consecuencias de la omisión del refrendo. El refrendo de los contratos deberá emitirse con antelación a la orden de inicio de la ejecución del respectivo contrato. La ausencia o la denegación del refrendo impedirá la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida.

En casos excepcionales, cuando se inicie la ejecución de un contrato sin contar con el refrendo y la jerarquía institucional determine que existan suficientes razones de interés público, se podrá emitir el refrendo con posterioridad a la orden de inicio, si previamente a emitirlo el jerarca verifica que existen al menos las siguientes condiciones:

a) El contrato se encuentre vigente. b) Se acredite que permite la debida satisfacción del interés general o evita daños o lesiones a los intereses públicos. c) Se determine que lo ejecutado de previo al refrendo no compromete el cumplimiento del objeto contractual.

El acto motivado que incluya este análisis indicará la instancia o el funcionario encargado de la fiscalización respectiva en todas las fases del contrato administrativo y deberá constar en el expediente administrativo, y el refrendo surtirá efectos desde el momento en el que se emita y no de forma retroactiva. Esta circunstancia no exime de la responsabilidad civil, penal o administrativa, que pueda haber por la ausencia o la denegatoria del refrendo a los funcionarios o los contratistas involucrados.

[2]22 Art. 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría: (...) 5) Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.

Es copia fiel del original - Tomado del Nexus PJ el: 25-09-2024 15:58:22.