

a

## LÍMITES Y ALCANCES DE LAS COMPETENCIAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

**Dr. César Hines Céspedes**

### INTRODUCCIÓN

En el tratamiento del ordenamiento jurídico, sea en su lectura, interpretación y aplicación, se produce un fenómeno metajurídico, como lo es la deformación del operador jurídico en el manejo del idioma. Esto es, las consecuencias inmediatas de no saber leer, o bien, que sabiéndolo, no logra comprender el componente central de lo leído, que aparece como resultado seguro, una deficiente operación jurídica.

En el campo del Derecho, la correcta lectura es un componente sustancial para mantener bajo control los niveles de litigación, dado que múltiples conflictos no son consecuencia más que de una deformada comprensión de las normas que regulan determinada actividad. La génesis de los conflictos, más que una diferencia de criterio muchas veces es por el distinto nivel en los lectores.

En el campo del Derecho Administrativo y Público en general, se está desarrollando un fenómeno creciente, pero no por ello legítimo y, por el contrario, con infracción frontal al orden jurídico establecido por los órganos del Estado competentes. Esto es, el Constituyente y el Legislador. Se trata de una tendencia cada vez más creciente de legislar ex novo en algunos casos, a través de la interpretación o resolución de causas, con grave distorsión en la distribución de las competencias públicas.

Así por medio de la interpretación, se desconoce el verdadero sentido de una regla, cuya lectura llana y simple no requiere de ningún esfuerzo intelectual para conocer su verdadera finalidad. Bajo las condiciones anteriores, el orden jurídico piramidal cuya génesis doctrinal mejor conocida proviene de Kelsen, desapareció para convertirse en un conjunto de reglas folklóricas, sin verdadera fuerza material, dado que cada organización jurídica-política decide a lo interno en modelo y forma de aplicación.

La Contraloría General de la República, es un órgano de origen constitucional, con unas competencias generales, cuya reglamentación se dejó al legislador ordinario, y consecuentemente, sin que éste pueda salirse del surco elemental establecido por el Constituyente, pueda regular su ejercicio, ampliando o disminuyendo los espacios, pero siempre, desde el específico campo dispuesto por la Norma prima.

No obstante, como se verá *Infra*, en algunas ocasiones tanto el máximo intérprete de la Constitución, como la misma entidad, se atribuyen facultades que no están contempladas ni en la norma constitucional, que ni siquiera fue objeto de discusión constituyente al momento de su creación, por lo que se desconoce, de dónde proviene esa tendencia expansionista.

La transformación de las formas y los contenidos en la actividad administrativa, encaminada -para bien o para mal-, a implantar formas del Derecho privado, ajenas incluso a la finalidad de servicio público, debe ser acompañada de una novedosa reestructuración de las finalidades de la fiscalización y el control. De ahí que con el presente artículo, se intente demostrar, cómo, en la valoración de los límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, se acude a formas y contenidos ajenos a la realidad jurídica.

El tema no se acaba, pues antes de que este artículo vea la luz, ya se habrán producido tantos cambios en las formas y estructuras del Estado, que será necesario volver a retomar el cuestionamiento y replantearlo. Sin embargo el núcleo fundamental del tema se mantiene mientras la norma constitucional sea del mismo corte textual.

### **I.- El indicador histórico**

La Contraloría General de la República no existió desde siempre en la estructura del Estado costarricense, desde que técnicamente pueda este ser llamado “Estado”, configurando una nula historia constitucional anterior a la Constitución Política de 1949, a partir de la cual fue reconocida como órgano de rango

constitucional para el conocimiento de una única materia: hacienda pública.

Anteriormente a 1949, lo que se comprende como el control de la hacienda pública, carecía de la rigurosidad técnica, que se dice está en el torrente sanguíneo de este órgano de fiscalización y control. En la Constitución de 1859 se estableció como una función del Congreso *examinar las cuentas del año económico anterior*<sup>1</sup>, pero dejando en el Poder Ejecutivo su administración y disposición<sup>2</sup>.

En la Constitución Política de 1869, el examen de los informes anuales presentados por los Secretarios de Estado -los actuales ministros de gobierno-, estaba en manos del Congreso<sup>3</sup>, quedando siempre bajo la determinación del Poder Ejecutivo la disposición de los recursos, esto es, su distribución<sup>4</sup>; situación técnica-jurídica, sostenida en los mismos términos en las Constituciones de 1871 y 1917<sup>5</sup>.

La falta de respaldo histórico desde la perspectiva constitucional, apareja la imposibilidad de incorporar en su examen las características de su institucionalidad, es decir, la proyección en el tiempo de su finalidad republicana, como si dable traer a colación para el caso de los municipios, convertidos en pilar fundamental en la construcción del Estado costarricense, al menos hasta 1949, momento a partir del que perdieron toda autonomía real<sup>6</sup>.

1 Constitución Política de la República de Costa Rica de 1859, artículo 90 inciso 5).

2 *Ibid.*, artículo 110 inciso 6).

3 Constitución Política de la República de Costa Rica 1869, artículo 67 inciso X).

4 *Ibid.*, artículo 107 inciso VI).

5 Véanse los artículos 73 inciso 12) y artículo 102 inciso 7) de la Constitución de 1871. En el mismo sentido, los artículos 77 inciso 11) y 99 inciso 8).

6 A pesar de que el artículo 170 de la Constitución Política, dispone que las corporaciones municipales son autónomas, la realidad es que el sometimiento a la ley ordinaria ha convertido dicha autonomía solamente en una declaración de principios, sin valor real en su estructura y actuación.

### **II.- Naturaleza jurídica**

La naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República ha sido tema de larga discusión en épocas pasadas, aunque no para determinar los verdaderos alcances de sus competencias, como es el objeto del presente estudio.

Un valioso estudio sobre el fenómeno jurídico de la Contraloría General de la República, concluye que la Contraloría no es un órgano subordinado ni apéndice de la Asamblea Legislativa, sino independiente, tanto de ella, como de los demás poderes del Estado<sup>7</sup>. En resumen, los autores luego de un recorrido doctrinal sobre las diferencias existentes entre los modelos de descentralización administrativa y su inaplicabilidad a un órgano de fiscalización y control, con un previo análisis de las funciones estatales, concluyen que la Contraloría General de la República es un órgano constitucional con competencias exclusivas; que está cobijada por la personalidad del Estado sin que ello implique adherencia a ningún poder, y que la concesión a los Contralores y Subcontralores, de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los supremos poderes, resulta una confirmación de su independencia.

Las conclusiones de los autores de dicho estudio nos merece la más alta consideración, sin embargo no compartimos la tesis expuesta, porque adolece de una serie de debilidades que se expondrán *Infra*. Sin perjuicio de adelantarse un poco sobre el desacuerdo, se señalan, *prima facie*, algunos.

Que sea un órgano constitucional, no apareja por esa sola condición, su independencia, como tampoco es independiente la Sala Constitucional creada por el artículo 10 de la Constitución Política, a la que al igual que a la Contraloría General de la República, se le atribuyó una competencia específica y exclusiva.

No es enteramente cierto que el control de la hacienda pública, sea una competencia exclusiva atribuida a la Contraloría General de la República, en tanto es una obligación constitucional y legalmente impuesta para todos los funcionarios que tengan a su cargo la administración de recursos del Estado. Dicha obligación de control u fiscalización es de tal entidad para quienes por la naturaleza de sus cargos, deben resguardar los bienes públicos, que hasta se tipificaron conductas aplicables a los funcionarios que incumplan ese deber, por acción u omisión<sup>8</sup>.

El principio de responsabilidad con génesis puntual en el artículo 9 de la Carta Política, reforzado con el numeral 11 de la misma Norma prima, es el primer eslabón de la cadena normativa para controlar el buen manejo de los fondos públicos. Seguidamente se pueden citar las potestades de fiscalización y control que tienen las Auditorías Institucionales, las que podrían, sin pasar por el tamiz de la Contraloría, ejecutar u ordenar ejecutar, las acciones que considere pertinentes, cuando se produzcan irregularidades en el manejo de los fondos estatales.

A la par de las anteriores, e Igualmente, sin pasar por el aval de la Contraloría General

7 UGALDE MARÍN, José y otros, *La naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República*, Revista de la Contraloría General de la República, número 31, diciembre de 1981, páginas 13 y siguientes.

8 Véanse los artículos 352, 353 y 354 del Código Penal.

de la República, está el Poder Judicial, que puede realizar un ejercicio de control de la hacienda pública, a través de la investigación, persecución, enjuiciamiento y sanción de los funcionarios públicos que cometan delitos contra ella.

La conclusión de los autores, de considerar que las atribuciones constitucionales de la Contraloría son exclusivas, tampoco pareciera tener un soporte sólido, cuanto la Constitución Política expresamente dispone que corresponde a la Asamblea Legislativa, ejercer “definitivamente” el control en el manejo de los fondos del Estado, como se verá más adelante en detalle<sup>9</sup>.

El artículo 183 de la Carta Política establece 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.

La independencia funcional y administrativa no hace a su naturaleza jurídica sino a la modalidad para el ejercicio de las competencias atribuidas, que por su naturaleza estrictamente técnica, tiene como pretensión principal, inmunizarla frente a intereses distintos a los estrictamente públicos.

En apoyo de la tesis comentada<sup>10</sup>, se podría concluir que el término “auxiliar” que señala el artículo 183 de la Carta política, no necesariamente signifique la condición de

“apéndice”, porque bien podría considerarse que esa calidad constituya un medio al que puede recurrir la Asamblea Legislativa en el ejercicio del control político, consustancial al Parlamento.

Lamentablemente tal teoría no encuentra apoyo en el Derecho de la Constitución, considerado en su conjunto y en armonía. La incompetencia para participar en la confección del presupuesto; su obligación de rendir cuentas a la Asamblea, y; la atribución a ésta de aprobar definitivamente la liquidación presupuestaria, son argumentos que debilitan el criterio de la autonomía de la Contraloría General.

La calidad de órgano auxiliar con que se identifica constitucionalmente a la Contraloría General de la República significa que está orgánicamente adherida a la Asamblea Legislativa, como garante constitucional, supremo, del buen manejo de la hacienda pública. Un primer apoyo para esta posición es el artículo 1 de su Ley Orgánica, que reitera esa posición accesoria, y todavía con mayor vigor jurídico, el artículo 32 *ibíd*, que dispone:

“Art. 32: La Contraloría General de la República deberá presentar a la Asamblea Legislativa un informe acerca del cumplimiento de sus deberes y atribuciones del año anterior, que incluya una exposición de opiniones y sugerencias que considere necesarias para un uso eficiente de los fondos públicos y enviarlo a cada uno de los diputados, el 1º de mayo de cada año.

9 En el estudio comentado, los autores confundieron la complacencia de la Asamblea Legislativa en relación con los informes que rinde la Contraloría -en el sentido que por pereza o exceso de trabajo resulta más cómodo aprobarlos sin mayores cuestionamientos-, con la potestad constitucional del Parlamento de ser el órgano que tiene la decisión final de aprobación de la liquidación. Véase al respecto, página 24 del estudio mencionado.

10 UGALDE, op. cit.

*Asimismo, la Contraloría General de la República presentará a la Comisión para el Control del Ingreso y Gasto Públicos de la Asamblea Legislativa, informes periódicos de la gestión presupuestaria del sector público y de las auditorías y denuncias que tengan repercusión sobre los recursos públicos que se estén administrando. La periodicidad de los informes será establecida por la Comisión supracitada. El Contralor General de la República comparecerá ante la Asamblea Legislativa o ante sus Comisiones, siempre que sea requerido, según lo dispuesto en el Reglamento de la Asamblea Legislativa”.*  
(Los subrayados son de referencia)

Esta norma es un fiel reflejo de la subordinación orgánica en que se encuentra la Contraloría en relación con la Asamblea Legislativa, porque no solamente le impone la ejecución de tareas ineludibles, sino que además, las somete a un proceso de valoración y calificación por el Parlamento que podría generar una sanción contra los jerarcas en caso de incumplimiento.

Las tareas en los términos regulados, representan una muestra de la subordinación en la que se encuentra. Constituyen verdaderas obligaciones por la imperatividad del verbo, y ello es un componente que no se puede obviar para considerar su naturaleza de órgano dependiente, sin que en nada modifique dicha calificación, el hecho que tenga independencia funcional y administrativa, porque como ya se señaló, esa independencia funcional,

tiene otras connotaciones<sup>11</sup>, que hacen a su quehacer y no a su condición o calidad jurídica.

Ha sido doctrina común en nuestro medio, aludir a la naturaleza jurídica de la Contraloría General de la República, como uno de los primeros fenómenos de la descentralización administrativa, sin que por ello perdiera su condición de órgano integrado a la Asamblea Legislativa<sup>12</sup>.

En el Derecho Comparado se presenta el mismo fenómeno de integración al Parlamento, así la Constitución Política de Honduras dispone en su artículo 222:

“La Contraloría General de la República es un organismo auxiliar del Poder Legislativo, con independencia funcional y administrativa, encargado exclusivamente de la fiscalización a posteriori de la Hacienda Pública, teniendo entre otras las atribuciones siguientes:

1. Verificar la administración de los fondos y bienes públicos y glosar las cuentas de los funcionarios y empleados que los manejen;
2. Fiscalizar la gestión financiera de las dependencias de la Administración pública, instituciones descentralizadas, inclusive las municipalidades, establecimientos gubernamentales y las entidades que se costeen con fondos del erario nacional o que reciban subvención o subsidio del mismo;
3. Examinar la contabilidad del Estado y las cuentas que sobre la gestión

11 Está referido exclusivamente al tema técnico, para que el ejercicio del control de la hacienda pública, no se politice, al ser la Asamblea Legislativa, un órgano político por excelencia.

12 Puede verse en ese sentido a ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La autonomía administrativa en Costa Rica*, Revista de Ciencias Jurídicas número 8, 1966; ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica, Estado Social de Derecho*, Revista de Ciencias Jurídicas número 29, San José, 1976.

de la Hacienda Pública presente el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional y rendir a éste el informe correspondiente; y

4. Ejercer las demás funciones que la ley orgánica le señale".

En la Constitución Política española la situación tampoco es distinta, cuanto por el artículo 134 se le otorga a las Cortes Generales -compuesta por el Congreso de Diputados y el Senado-, la potestad de examen, enmienda y aprobación de los presupuestos generales del Estado<sup>13</sup>, y al denominado Tribunal de Cuentas, la parte operativa de dicha gestión, insertándolo como un brazo de esas Cortes para el control de la hacienda pública.

Señala el artículo 136 de la Carta española:

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.
2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.
4. La ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas."

En el caso de Argentina, es el artículo 85 de su Código Político el que regula a un órgano similar, señala el ordinal indicado:

"Art. 85º.- El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo. El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación. Este organismo de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional,

<sup>13</sup> Dispone el artículo 134 mencionado: "1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales, su examen, enmienda y aprobación. 2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. 3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior. 4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos. 5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario. 6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación. 7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea".

se integrará del modo que establezca la ley que reglamenta su creación y funcionamiento, que deberá ser aprobada por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. El presidente del organismo será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización, y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos". (subrayado es de referencia).

Varios argumentos más pueden adjuntarse a la tesis de que la Contraloría General de la República es un órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa. 1) el histórico, atendiendo que antes de la Constitución Política de 1949, el control de la hacienda pública -aunque carente de rigurosidad técnica-, lo realizaba el Congreso; 2) la posición esgrimida por algún Constituyente en la discusión del tema, al señalar que la creación e incorporación en el texto constitucional de un órgano de fiscalización y control, hace al necesario contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación del presupuesto, porque la Constitución es la que debe regular las relaciones entre poderes y no las del dominio

doméstico, esto es, entre los órganos de un mismo poder<sup>14</sup>, 3) la imposibilidad formal y material de oponerse, o condicionar el Presupuesto Nacional debidamente aprobado por el Parlamento, y; 4) la rendición de cuentas obligada del Contralor General al Congreso.

Otras normas constitucionales confirman lo anterior. El artículo 177 de la Carta, crea un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, como responsable de la confección del Presupuesto de la República, concediéndole potestades de incluir o excluir partidas; por su parte el artículo 178 del Código Político, dispone que el proyecto de presupuesto será sometido a conocimiento de la Asamblea Legislativa; el artículo 179 establece que la Asamblea Legislativa podrá aumentar los gastos presupuestados por el Poder Ejecutivo, previo "informe" de la Contraloría General de la República, sobre su efectividad fiscal; el ordinal 180 en su párrafo segundo excluye a la Contraloría General de la República para la aprobación de las modificaciones presupuestarias decretadas por el Poder Ejecutivo en los recesos del Poder Legislativo, y finalmente, el artículo 181 ibídem, señala que la liquidación del presupuesto realizada por el Poder Ejecutivo, deberá ser conocida por la Contraloría General de la República, *que la remitirá a la Asamblea Legislativa junto con un dictamen, siendo este poder, quien apruebe o impruebe en forma definitiva.*

La sucesión de normas mencionadas, implican una sumisión orgánica de la Contraloría General de la República al Parlamento.

<sup>14</sup> Véase: Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, San José, 1957, número 162. Tomo III, página 421, ponencia de Rodrigo Facio.

### III.-Competencias constitucionales

El artículo 184 del Código Político enlista las competencias de la Contraloría General de la República en forma genérica, sin reglamentar la metodología aplicativa para el cumplimiento de sus deberes y atribuciones, los que deja a cargo de la Ley ordinaria, a pesar de que expresamente no se hizo una remisión en ese sentido.

Entre las enumeradas por el ordinal mencionado están: “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”*.

La característica más llamativa de ese elenco de atribuciones es la definida proyección de

su marco de acción, circunscrito a la hacienda pública<sup>15</sup>, definida como el conjunto de derechos y deberes del Estado, comprendiendo los activos en todas las dimensiones técnicas reconocidas, así como los pasivos que tienen incidencia en la contabilidad general del Estado.

La importancia de esa calidad especial de la competencia atribuida es una inclinación de origen, hacia el principio de eficiencia administrativa, con miras a la eficacia como resultado. El control de la hacienda pública encierra entonces, como finalidad primaria, asegurar que los recursos del Estado sean direccionados a la satisfacción de las necesidades generales que constitucional o legalmente debe proveer.

Ese principio fundamental de eficiencia, bien consolidado en el texto constitucional<sup>16</sup>, es la motivación jurídica que nutre el ejercicio de la actividad de fiscalización y control de la hacienda pública, que podría desembocar en otras acciones -denuncias penales, demandas administrativas con reclamación civil, y similares-, pero solamente como lógicas y necesarias para el cumplimiento de la principal.

La investigación de actos y actuaciones que técnicamente constituyen delitos, cuya persecución y sanción le corresponde a otros órganos del Estado, autorizaría la participación del órgano contralor en la medida que los recursos comprometidos perjudiquen o impidan la plena satisfacción de un servicio del Estado, donde como segundo corolario, se tendría que su participación estaría supeditada

<sup>15</sup> En la Constitución Política de Honduras señalada supra, el constituyente fue preciso al indicar que sus funciones están limitadas “exclusivamente”, con lo que se evitó cualquier duda sobre su actividad.

<sup>16</sup> La eficiencia como principio fundamental de la actividad del Estado en general, se obtiene de la relación de varias normas constitucionales, pero se anotan para nuestros fines, los artículos 140, incisos 3), 8) y 18), así como en el 191.

### IV.- Competencias legales

Visto que la norma constitucional dispuso una competencia genérica, sería a través de la ley reglamentaria, el instrumento para la definición puntual del cauce procedimental aplicable para el cumplimiento de los deberes y atribuciones que le corresponden. Un pequeño paréntesis sobre este aspecto.

En buena técnica constitucional, las normas de esta jerarquía que requieren de un mayor desarrollo normativo para su plena eficacia, ordinariamente delegan esa labor al legislador ordinario, pero estableciendo lineamientos específicos sobre el contenido de las normas que desarrollarán el precepto constitucional.

Además de esas directrices puntuales que deberán cumplir las leyes reglamentarias, el mismo Constituyente determina la calidad o fuerza aplicativa que tendrán, para evitar el manoseo legislativo por razones de conveniencia u oportunidad<sup>17</sup>. El artículo 184 inciso 5) de la Constitución remite a la ley, cuya finalidad es ampliar el radio de acción de la entidad para lograr su cometido originario, pero en ningún caso, hacia o sobre actividades distintas a las que el Código Político designó. De otra forma indicado se diría que las leyes a las que hace referencia el inciso 5) del artículo 184 constitucional, serían para ampliar o disminuir sus competencias fiscalizadoras, incorporando o excluyendo sujetos -órganos y entes-, sometidos al control hacendario, pero siempre enmarcadas en el contexto de la protección de la hacienda pública, como

al vínculo (nexo) necesario entre la finalidad o destino de los recursos desviados y el interés general que se debe satisfacer, de manera directa o indirecta.

Esto es así, porque hay recursos que aún revestidos de esa naturaleza pública, quedan exentos del control de eficiencia correspondiente al órgano de fiscalización y control, que estaría limitado a asegurar que se utilicen en los términos que fueron presupuestados, sin potestades para determinar ninguna otra circunstancia adicional.

Como ejemplo de esas situaciones, son las sumas presupuestadas por algunos sujetos pasivos, para cumplir los compromisos derivados de las convenciones colectivas; los montos presupuestados para realizar “propaganda”, que algunos denominan publicidad; los recursos asignados para los gastos de representación, ninguno de los cuales está sujeto al control de eficiencia, aunque sí al control contable. Incluso, en razón que la Contraloría no puede realizar administración activa, el control presupuestario que ejercita, carece de posibilidades fiscalizatorias para determinar, “cuanto es suficiente” para cumplir un mandato o satisfacer una prestación, como tampoco tiene la potestad para ordenarle a la Administración como y que rubros incluir en su presupuesto.

<sup>17</sup> El ejemplo más claro de lo señalado en este aparte, es el artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica, en relación con las leyes especiales que deberán dictarse, en los casos en los que los principios de privacidad e intimidad podrían sufrir un debilitamiento. En el mismo sentido el artículo 45 ibidem, que exige mayorías calificadas de las leyes delimitantes del derecho consagrado.

mecanismo de garantía para la satisfacción de los intereses públicos que aquella busca satisfacer.

Aunque como se dijo, el Constituyente no hizo una delegación expresa al legislador ordinario, hay elementos, incluso metajurídicos, que obligan a aceptar la competencia de éste para el proceso de adecuación temporal de las competencias fiscalizadoras. La dinámica social y las decisiones de la más alta política de Estado, tienen efectos directos en el rol fiscalizador que deriva en reacomodos temporales de las competencias de la Contraloría General de la República, necesarios para adecuarse al texto y contexto en que deberá ejercer.

Los procesos de apertura comercial; el rompimiento de monopolios del Estado; la inclusión de entidades públicas en el mercado de bienes y servicios en régimen de competencia; son elementos políticos con efectos jurídicos en las competencias generales de la Contraloría General de la República, que vería reducido su ámbito de influencia, con la exclusión a su vez, de entidades que son desviadas en su accionar hacia modelos del Derecho Privado. Ese tema se desarrollará más adelante.

Cerrado el paréntesis, y en cuanto a las competencias legales de la Contraloría General de la República, se cita en primer término el artículo 1, de su Ley Orgánica que dispone una competencia general, en repetición simplificada de la norma constitucional, al señalar que es *un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley.*

Por el artículo 4 ibídem, se puntualizan los sujetos sobre los que tiene competencia fiscalizadora, con la expresa indicación de que deben ser organizaciones que integren la hacienda pública. Se establece de esa manera el vínculo indisoluble y determinante de su potestad interventora, pues al interpretarse en sentido contrario, no estarían bajo su fiscalización ni control, las oficinas ajenas a la hacienda pública.

Ese mismo numeral dispone que la Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

- a) Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.*
- b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.*
- c) Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses, dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aun cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.*
- d) Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.*

- e) Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera de las contempladas en este artículo y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá según los siguientes principios:*
  - i) El control se efectuará a posteriori, para verificar el cumplimiento de su propia normativa.*
  - ii) No comprenderá aspectos de la organización administrativa del ente ni de la actividad propia de su giro ordinario.*
  - iii) No les serán aplicables la Ley de Administración Financiera de la República, ni el Reglamento de la Contratación Administrativa; tampoco deberán presentar, a la Contraloría, presupuestos para su aprobación.*
  - iv) El respeto al secreto y a la confidencialidad bancaria, de conformidad con la Constitución Política y con la ley.*
  - v) El respeto al ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras o contraloras, a que se encuentren sujetos los entes en sus respectivos países.*
  - vi) Las funciones de fiscalización encomendadas actualmente por ley a otras autoridades fiscalizadoras, las seguirán ejecutando estas, en la materia propia de su competencia.*
  - vii) El respeto a los regímenes de auditoría a los cuales estén sometidos, sin que quepan conflictos de competencia con los jerarcas*

*de esas entidades extranjeras, en cuanto a las directrices, las normas y los procedimientos de auditoría vigentes en los respectivos países.*

*viii) El ejercicio de su competencia por parte de la Contraloría no modifica la naturaleza jurídica ni la nacionalidad del ente u órgano. Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo.*

*Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización”.*

Sin detallar en demasía sobre la competencia facultativa, es claro que el legislador mantuvo la concentración en los <fondos o recursos públicos>, limitando la intervención a la cantidad, medida o porcentaje de participación del Estado. En buen romance se diría, que la potestad facultativa deviene por la categoría excepcional del sujeto pasivo en el manejo de fondos públicos.

Por otro lado, por el excesivo celo provocado por acciones contrarias a la ética pública relacionada con el buen manejo de los fondos públicos, a la Contraloría General de la República, se le han asignado -debido al portillo abierto por el inciso 5) del artículo 184 de la Constitución Política- funciones, que se podrían denominar atípicas, no vinculadas directamente con sus finalidad original, lo que la desnaturaliza<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> En varias oportunidades así también lo ha expresado la Contralora General de la República, siendo la última de ellas, en una entrevista pública al periódico La Nación, del 2 de mayo de 2010. Incluso por la Ley 8823 sancionada por el Poder Ejecutivo el 5 de mayo de 2010, se dispone la reforma de una serie de leyes, que faciliten la gestión pública, eliminándole en algunos casos, deberes al ente Contralor.

#### IV. a.- La potestad reglamentaria para el ejercicio de competencias públicas

Como organización con independencia funcional y administrativa para el desempeño de sus funciones, según dispone el artículo 183 constitucional, la Contraloría General de la República está en plena capacidad jurídica para darse las regulaciones autónomas para el régimen interior de sus despachos. Sin embargo ello requiere una reflexión.

La Carta Política no le otorga a ese órgano potestad reglamentaria en los términos que se le reconoce a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Tribunal Supremo de Elecciones, para regular a lo interno el ejercicio de sus competencias. En el caso del legislativo esa potestad reglamentaria de origen constitucional, le otorga al reglamento una categoría jurídica especial, superior incluso a la ley, cuya validez y eficacia dependen precisamente del cumplimiento de lo que esas regulaciones determinen.

La potencia del reglamento legislativo es muy fuerte, derivada no solamente de su origen normativamente supremo, sino porque su adopción y reforma requieren de votación calificada<sup>19</sup>, normalmente reservada para leyes de gran contenido democrático, cuya puesta en escena demandan la mayor participación política posible.

En el caso del Poder Ejecutivo, la autorización constitucional es doble. Por un lado se le otorga la potestad de reglamentar las leyes,

cuyo contenido está definido por el marco de la ley, no pudiendo regular más allá de lo que la norma permite, ni tampoco sobre temas no autorizados<sup>20</sup>, y por el otro, puede dictar los reglamentos que necesite para ser eficientes en el cumplimiento de sus fines<sup>21</sup>.

Ya se dijo que el reglamento a la ley, denominado reglamento ejecutivo, tiene como límite infranqueable, la ley que le da origen, y en el caso de los reglamentos para garantizar la eficiencia de los servicios, denominados reglamentos autónomos, tienen como límite, todo el ordenamiento jurídico, incluida por supuesto, la Constitución.

Implica que ningún reglamento autónomo -de los señalados en el inciso 18) del artículo 140 de la Constitución-, podría regular los derechos de los particulares, por encima o contra lo que disponen las leyes, ni tampoco podría ser creador de competencias públicas más allá, o en sentido distinto a como el legislador las reguló.

El otro órgano constitucional al que expresamente la Carta Política le reconoció potestad reglamentaria es el Tribunal Supremo de Elecciones, de acuerdo al artículo 102, incisos 3) y 6) respectivamente, de la Constitución Política. En el primero de los casos, la interpretación exclusiva de la materia electoral, le permitiría dictar regulaciones interpretativas que serían de obligado acatamiento, con lo que la reglamentación así producida, tendría la misma potencia de la norma que interpretó.

<sup>19</sup> El inciso 22) del artículo 121 de la Constitución Política dispone como una atribución de la Asamblea Legislativa: "Darse el Reglamento para su régimen interior, el cual una vez adoptado, no se podrá modificar sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros".

<sup>20</sup> Artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política.

<sup>21</sup> Artículo 140, inciso 18) ibíd.

Tratándose del inciso 6) del ordinal 102 constitucional, al permitírsele "dictar" las <medidas pertinentes, y adecuadas>, el Constituyente lo facultó para regular lo que los acápite señalados pretenden<sup>22</sup>.

En el caso de la Contraloría General de la República, la potestad reglamentaria es de origen legal, cuya consecuencia inmediata es que las ordenanzas nacidas de esa licencia, están incuestionablemente sujetas a la ley -cualquiera que esta sea-. El artículo 23 de su Ley Orgánica dispone:

*"La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal".*

Igualmente, el artículo 20 ibídem, tiene una disposición semejante, aunque más concreta, relacionada con la contratación pública, al señalar que:

*"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".*

Es una potestad reglamentaria disminuida, limitada a regulaciones internas cuya fina-

lidad es de organizar la distribución del trabajo -como componente del principio de eficiencia-, sin que a través de él, se puedan delegar competencias que la ley expresa y nominalmente otorga a oficinas u oficiales públicos.

Los reglamentos de organización y servicio no pueden equipararse a la ley que les da cabida existencial, ni por interpretación ni por extensión aplicativa, y en consecuencia, son de potencia reducida, tanto en el ámbito espacial como en el temporal. El artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, es claro en que las regulaciones tendrán como único ámbito aplicativo, las derivadas de sus competencias legales y constitucionales, esto es, el control y fiscalización de la hacienda pública, en cualquiera de las dimensiones que este sea ejercido<sup>23</sup>.

Consecuencia inmediata de lo anterior, es que a través de esos reglamentos autónomos no podría intervenir en el régimen jurídico de los derechos subjetivos de los ciudadanos, especialmente los derivados de la Norma fundamental, pues como lo señala el artículo 19 de la Ley General de la Administración Pública, son reserva de ley, sin perjuicio de los reglamentos "ejecutivos" que se dicten.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, al disponer que cualquier acto que limite, restrinja o suprima un derecho subjetivo, <debe estar

<sup>22</sup> Dispone el inciso 6) del artículo 102 de la Constitución Política: "Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. En caso de que esté decretado el reclutamiento militar, podrá igualmente el Tribunal dictar las medidas adecuadas para que no se estorbe el proceso electoral, a fin de que todos los ciudadanos puedan emitir libremente su voto. Estas medidas las hará cumplir el Tribunal, por sí o por medio de los delegados que designe".

<sup>23</sup> Se entiende de esta manera, porque una forma de ejercer ese control, es, a manera de ejemplo, darle el refrendo a los contratos públicos, conforme la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento, o bien, demandar a las auditorías internas, la realización de investigaciones especiales o sobre temas y contenidos concretos.

amparado a una ley>, sin perjuicio de los Reglamentos Ejecutivos que se puedan dictar, señaló también las restricciones de estos Reglamentos en tan cara materia.

Se indicó:

a.) *En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el pronunciamiento previsto en la Constitución, para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales, todo, por supuesto en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;*

b.) *En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”-;*

c.) *En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, ni mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer, de donde resulta una nueva consecuencia esencial:*

d.) *Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es*

*necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.”<sup>24</sup>*

Si aún el Reglamento Ejecutivo tiene esas limitaciones, con mucho más razón las tendrán, los reglamentos autónomos de organización y servicios, como se hizo referencia en la misma sentencia reseñada.

#### **IV. b.- La delegación interna de potestades para el cumplimiento de sus fines**

El reglamento autónomo de organización y servicio, es el conjunto de normas que una entidad u órgano público se dicta, para distribuir a lo interno, las distintas funciones de las unidades administrativas, constitutivo de una auténtica distribución del trabajo, y las condiciones de servicio, y del servicio. Estos reglamentos autónomos, pueden ser, solamente de organización; solamente de servicios o bien, ensamblar ambas necesidades en un único conjunto normativo.

Reconocida la potestad reglamentaria de la Contraloría General de la República, resta por determinar sus límites y alcances. Es conveniente señalar que el artículo 122 de la Ley General de la Administración Pública, no le reconoce valor jurídico a los actos internos -como un reglamento autónomo-, cuando son en perjuicio del particular, no así cuando lo sean en su beneficio.

Aunque la norma no es suficientemente clara, pareciera considerar que el reglamento

autónomo no sufre una integración automática al ordenamiento general del Estado, significando, para el caso concreto que se estudia, que, aún siendo la Contraloría un órgano del Estado, carece de la suficiente potestad para modificar las reglas derivadas de otros órganos con potestad legislativa<sup>25</sup>.

Se interpretaría entonces, para darle armonía al contenido de la regla, que el legislador estableció, como límites al reglamento autónomo dictado por la Contraloría General de la República -así como a cualquier otro de la misma naturaleza-, las reglas emanadas del Poder Constituyente -ordinario o derivado-, las decretadas por el legislador ordinario, o bien, los reglamentos <ejecutivos> dictados por el Poder Ejecutivo.

Parece confirmar lo anterior, el ordinal 123 de la misma Ley General de la Administración Pública, al acreditar la relevancia externa ante los administrados y los tribunales comunes, de “los actos internos” que estén regulados por ley, reglamento u otra norma cualquiera del Estado.

Para la conclusión anterior es necesario armonizar ambas normas. Si el reglamento autónomo -como acto interno-, no puede afectar negativamente la esfera jurídica del administrado, pero sí puede hacerlo un <acto interno> que esté fundamentado en <una ley, en un reglamento o en otra norma cualquiera del Estado>, implicaría que la validez de ese acto interno estaría supeditada a su conformidad con el ordenamiento del Estado que le da origen, y su invalidez en caso contrario.

Es decir, la validez y eficacia de un acto de la Contraloría General de la República, cuyo respaldo normativo es un reglamento autónomo, estaría supeditada a que la decisión sea conforme a la Constitución, a la Ley, al Reglamento Ejecutivo o a cualquier otro reglamento dictado por otra autoridad con potestad reglamentaria superior a la de ese órgano de fiscalización y control.

El objeto del reglamento autónomo, es, como se dijo, la creación de órganos internos o bien, la regulación de las relaciones de éstos con otros de su mismo linaje, siendo el órgano interno aquel que se relaciona con otros del Estado, y no con particulares extraños a éste. Un reputado autor señaló que el órgano interno -creado por reglamento autónomo-, es el que tiene una función que depende para su ejercicio de otro acto, anterior o posterior, porque está destinado exclusivamente a hacer posible que otro órgano realice un acto válido con efecto propio o a permitir que el acto ya realizado surta efecto definitivamente<sup>26</sup>.

Puede decirse, desde esa perspectiva, que el órgano interno desarrolla las diversas etapas del procedimiento administrativo; y órgano externo el acto principal, final y con efectos autónomos, como coronación del procedimiento. Los órganos internos que puede crear el reglamento autónomo resultan ser, a la luz de esta conclusión, los de proposiciones o excitativas u otros del mismo ente; los órganos de consulta; los órganos de información y recolección de prueba y los órganos de control<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> El término legislativo se aplica en sentido genérico, relativo a quienes pueden dictar regulaciones vinculantes u obligatorias para todos o para cierto sector o grupo.

<sup>26</sup> ORTÍZ, ORTÍZ, Eduardo, *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo I, San José, editorial Stradtman, primera edición, 1998, página 236.

<sup>27</sup> *Ibid.*

Conforme a lo señalado, los actos administrativos dictados por la Contraloría General de la República, con respaldo en un reglamento autónomo de organización y servicio, tendrían valor con efectos externos en la esfera de intereses del administrado, cuando esté a su vez respaldado por una norma legal -emanada del Parlamento-, o bien en un reglamento ejecutivo.

Siguiendo la línea jerárquica impuesta por el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, los reglamentos autónomos están en el escalón más bajo de los actos reglamentarios, subordinados a los reglamentos dictados por los otros Supremos poderes, y con marcada razón, a las demás normas superiores.

De esta manera, la distribución interna de competencias de la Contraloría General de la República, para el mejor cumplimiento de sus fines, a través de los reglamentos autónomos de organización y servicio, no tendría efectos externos sobre la esfera de intereses de los particulares, sobre tres límites infranqueables.

#### **IV. b.1.- El régimen jurídico de los derechos fundamentales**

En un Estado democrático de Derecho, el régimen normativo de los derechos fundamentales está en la cúspide de su ordenamiento jurídico. Es el marco de referencia de la categoría de Estado y consecuentemente, su modificación solamente

puede serlo a través de los órganos que tengan el nivel constitucional para hacerlo<sup>28</sup>.

Ese límite fue reconocido por la más sólida doctrina administrativa costarricense, que logró introducirlo en la Ley General de la Administración Pública, al disponer en el artículo 19, que el régimen jurídico de aquellos derechos, está reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos, pero con expresa prohibición de los reglamentos autónomos.

Ahora bien, en no todas las relaciones de las personas con la Administración, se encuentra presente, cuestionado o reclamado, un derecho fundamental, siendo que esas relaciones estarían reguladas por normas infra legales, siempre que no sean contrarias ni por interpretación, ni por su texto, a reglas expresas de mayor jerarquía.

No obstante lo anterior, la aplicación al administrado de esas normas legales de inferior jerarquía, solamente pueden ser originadas en normas emanadas del ordenamiento jurídico del Estado, que como se vio líneas arriba, estaría compuesto por la Constitución, los Tratados, las Leyes del Parlamento y los Reglamentos Ejecutivos, siendo los reglamentos autónomos actos internos cuya validez está supeditada a su conjugación con aquel ordenamiento general.

Como corolario de lo anterior, el segundo límite a la validez externa del reglamento autónomo

frente al administrado, estaría focalizado en el artículo 122 de la misma Ley General, de repetida cita<sup>29</sup>.

Un tercer límite al reglamento o bien, a los actos singulares que tienen como antecedente el reglamento autónomo, es el artículo 124 de la misma Ley General, que prohíbe la imposición de penas, exacciones, tasas, multas o cualquier otra carga a través de un instrumento normativo de esta naturaleza y categoría.

El cuarto límite a la aplicación externa del reglamento autónomo, está determinado por el artículo 59 ibídem, en relación con el ejercicio de potestades de imperio. Según el ordinal señalado, la regulación de las competencias debe provenir de la ley, cuando tenga atribuciones de potestades de imperio. Ante la claridad de la norma, la interpretación sale sobrando.

La potestad de imperio se puede definir como el espacio de acción reconocida a un poder público, con capacidad para rediseñar la esfera de intereses de una persona física o jurídica -ya sea suprimiendo, delimitando, declarando, u otorgando derechos-, sin una fuerza opositora que se lo impida, salvo el mismo ordenamiento.

En el ámbito de las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República, y en el ejercicio del control y la fiscalización de la hacienda pública, se le otorgó potestad sancionadora, sin que se definiera el órgano que las ejercitaría, por lo que en ausencia de

norma expresa, debe estarse a lo señalado por el artículo 3) de su ley orgánica que a la letra establece:

*“La representación de la Contraloría General de la República corresponde a su jerarca, el contralor general, quien podrá delegarla en el subcontralor general. En las ausencias temporales del contralor, el subcontralor general tendrá, de pleno derecho, esa representación. Quedan a salvo las facultades expresamente conferidas por el ordenamiento jurídico a la Contraloría General de la República, sobre su participación e intervención ante los tribunales de justicia”<sup>30</sup>.*

La potestad exclusiva de dictar resoluciones o actos administrativos represivos, recae en consecuencia en los dos funcionarios(as) señalados(as) por el numeral transcrito, porque no existe delegación legal de esas potestades en otro(s) órgano(s) distintos a los distinguidos por la norma en cuestión.

El ya mencionado artículo 59) de la Ley General de la Administración Pública, es consecuente con la reflexión anterior, al disponer:

*“La distribución interna de competencias, así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia”.*

Dicho de manera fácil y en aplicación de la doctrina<sup>31</sup>, el(la) Contralor(a) General puede

28 En el caso de Costa Rica, serían los poderes constituyentes, conforme a los artículos 195 y 196 de la Constitución Política. No obstante lo anterior y al tenor del artículo 7 de la misma Carta, es posible engrosar las filas de estos derechos a través de la adopción de tratados internacionales de la materia, en ese caso no serían derechos fundamentales -porque no están insertos directamente en la norma fundamental-, sino pasarían a engrosar el conjunto de los derechos humanos.

29 Señala el artículo mencionado: “1. Los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio. 2. En este último caso el particular que los invoque deberá aceptarlos en su totalidad. 3. La violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley.

30 Este último párrafo fue producto de la reforma operada por el Código Procesal Contencioso Administrativo, que le otorgó a ese órgano, una participación más activa en los procesos.

31 Véase lo señalado por el profesor Ortiz Ortiz, sobre el valor de los reglamentos autónomos, citado en páginas anteriores.

delegar en otros órganos distintos, la ejecución de una serie de tareas para cumplir con la finalidad del órgano, pero al momento de hacerlas valer hacia lo externo de la organización, deben contar con su autorización expresa, a través de la firma, o de un acto de convalidación<sup>32</sup>.

Significa que a través del reglamento interno se puede delegar, la investigación; procesamiento de datos; conclusiones, y recomendaciones de una determinada situación objeto de estudio, pero el resultado final, como conclusión definitiva de la actividad, le corresponde al órgano investido de la capacidad de comprometer a la entidad a lo externo.

Son indiscutibles, las elevadas funciones que el Constituyente le otorgó a la Contraloría General de la República, en cuyas espaldas descansa el enorme peso de la buena administración de los recursos públicos, cuyo deficiente manejo haría desaparecer la respetabilidad sustancial del Estado.

No obstante esa elevadísima validez democrática de sus funciones, no está eximida de ajustar sus actuaciones al bloque de legalidad impuesto por el artículo 11 de la Constitución, y artículos 6 y 11 de la Ley General de la Administración Pública, de manera que su finalidad política no constituye una licencia para apartarse de la regla de Derecho que ella demanda a los sujetos pasivos.

La misma indiscutible posición constitucional ostenta el Poder Judicial en la solución de los

conflictos que demandan su concurso, pero no por ello, los jueces -en todas las categorías y niveles-, pueden aplicar antojadiza y arbitrariamente las reglas de Derecho que le son dadas para ejercer su elevado ministerio.

#### IV. b.2.- La validez de los actos de delegación

La competencia considerada como un elemento sustancial del acto administrativo, constituye el conjunto de facultades que un órgano legítimamente puede ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado o el tiempo. De ahí que algunos autores consideran que esta debe ser expresa, de origen legal directo o inmediato, o bien, de origen derivado, emergente de un reglamento dictado en consecuencia de leyes atributivas de competencia<sup>33</sup>.

La competencia en razón del grado -única que interesa al objeto de estudio-, se refiere a la posición de un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la Administración, y puesto que la competencia, por principio, es improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior, salvo los casos de delegación<sup>34</sup>.

En la doctrina casera, se considera que la invasión de competencias de un órgano frente a otro, da como resultado una incompetencia relativa, que produce una nulidad del mismo tipo, dada la levedad de la violación y el hecho fundamental de que generalmente las autoridades de una misma línea jerárquica son regularmente capaces de resolver con un

32 En la Procuraduría General de la República sucede el mismo fenómeno, pero se resolvió de una manera sencilla. En toda manifestación de voluntad de ese órgano técnico jurídico, el funcionario que la emite agrega la muletilla: "Con la aprobación del señor Procurador de la República, me permito...", y con ello salva la ausencia de norma delegante.

33 GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, Colombia, 1999, página VIII-30

34 Ibid.

mismo acierto todas las cuestiones relativas a la competencia global de la misma<sup>35</sup>.

A esto es necesario reiterar que la delegación debe provenir de una expresa habilitación normativa, y tener origen, mínimo en la ley cuando comprenda el ejercicio de facultades de imperio, y bajo esa consideración el acto viciado de incompetencia puede serlo a partir de dos hipótesis básicas: a) cuando al órgano al que le ha sido conferido antijurídicamente una competencia, las actúa dentro de los límites concedidos, y; b) cuando siendo legítimo el acto de transferencia de competencia, el órgano se extralimita en su ejecución.

En la primera hipótesis la decisión adoptada por el órgano delegado, no agrede al ordenamiento, sino que el vicio del acto es de origen, por la imposibilidad jurídica de que el órgano actúe. En la segunda, no se produce el vicio de origen sino una infracción en el acto emitido en el ejercicio de la competencia delegada.

Nuevamente, en la primera situación el acto dictado resulta intrascendente, cuanto nunca debió haber sido dictado, y por esa intrascendencia, su nulidad es de arrastre, es la consecuencia de la invalidez del acto delegante, mientras que en la segunda, es el acto mismo el que resultaría inválido.

Para Ortíz Ortíz, el acto dictado por un órgano incompetente adolece de una nulidad relativa cuando se encuentra en la misma línea jerárquica del que resultaba competente, esto es, en una línea inferior al que tenía la plena capacidad jurídica<sup>36</sup>. Sin embargo a la luz de lo

que dispone la Ley General de la Administración Pública, esa relatividad que predica el autor citado, resultaría intrascendente frente al juez.

Antes de analizar la relatividad que pregona el autor citado, es capital e interesante hacer un par de señalamientos. El primero es: ¿Qué significa que un órgano o funcionario se encuentre en la misma línea jerárquica del que es legal y expresamente competente? ¿Si está en la misma línea jerárquica, no implicaría, que ambos tengan el mismo nivel de competencias?

Si aplicáramos dicha tesis sin atender las múltiples estructuras administrativas, el concepto de "inferior jerárquico" no necesariamente sería comprensible de una competencia vertical, dado que todos los órganos distintos y por debajo de las más elevadas autoridades institucionales, están en línea jerárquica inferior.

En segundo lugar, y en atención a lo señalado en el párrafo anterior: ¿Implicará que cualquiera de los órganos o funcionarios inferiores, puede dictar el acto que le correspondía al órgano superior?

La razón y la lógica parecen indicar que no, porque el concepto de inferior jerárquico en línea descendente no solamente significaría el grado menor, sino también el nivel o grado de competencia que ese inferior tiene atribuida en relación con el superior, de manera que la única posibilidad razonable es que el inferior en referencia, sea el órgano que por disposición legal deba asumir la competencia en ausencia del superior.

35 ORTÍZ, ORTÍZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, editorial Stradtman, San José, Costa Rica, 1998, página 433.

36 Ortíz Ortíz, op cit.

En relación con la relatividad de la nulidad que se señaló supra, el artículo 176 de la citada Ley General, dispone que el acto relativamente nulo se presumirá legítimo mientras no sea declarado lo contrario en firme, en la vía jurisdiccional. Entendida bien la norma, significaría que la declaración de nulidad en sede administrativa, es <optativa> para la Administración, y; b) que la permanencia activa del acto no depende del vicio sino de la decisión del destinatario de reclamarlo.

Expresamente el legislador remitió la anulación del acto relativamente nulo, al juez, sin pasar por el tamiz de la Administración autora, sin embargo, no parece existir obstáculo para que la Administración, de oficio o bien, por reclamo administrativo, lo anule, salvo donde existe un derecho subjetivo derivado del acto relativamente nulo.

No hay reparo para esa anulación administrativa del acto relativamente nulo, pero en el caso del juez, tiene la obligación procesal de anularlo, una vez demostrado el vicio que lo afecta, mientras que en sede administrativa, la Administración puede hacer caso omiso del vicio y mantener el acto. El juez <debe>, la Administración <puede>.

Es razonable y atendible, que una Administración objetiva y consciente, actúe de conformidad, una vez detectado y denunciado el vicio que ensucia el acto, con lo que además de apegarse a principios de economía procesal, estaría en los umbrales de la eficiencia administrativa para el manejo de los recursos públicos, que podrían verse afectados, en caso contrario.

<sup>37</sup> Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, número R-CO-16 publicado en La Gaceta número 76 del 20 de abril de 2007.

Así es, el artículo 177 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que la ejecución del acto relativamente nulo producirá responsabilidad civil solamente de la Administración, de manera que su anulación en sede administrativa, eliminaría un derroche innecesario de recursos para el pago de eventuales daños y perjuicios.

Por otro lado y en relación con el mismo ordinal 177, la exclusión de responsabilidad del funcionario ejecutante, es parcial, porque debe asumirla cuando es producto del dolo o culpa grave en la adopción del acto. Cualquiera de estas dos condiciones se consolidaría, cuando de previo a la emisión del acto o bien, cuando habiéndolo dictado, se hace de su conocimiento el vicio, y se mantiene firme en su decisión.

#### **IV. b.3.- La validez de los actos de delegación originada en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República**

La validez de cualquier reglamento autónomo está supeditada a su armonía con el reglamento ejecutivo; con la ley -decreto legislativo emanado del Parlamento-, o frente a cualquier norma superior, conforme a la pirámide jurídica establecida en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública.

La Contralora General de la República, en el ejercicio de sus potestades, emitió el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República<sup>37</sup> (en adelante el reglamento), que dispuso en el artículo 2), que las funciones encomendadas

a la Contraloría General de la República en materia de procedimientos administrativos tendientes a declarar responsabilidades en el orden administrativo, civil o para declarar la nulidad absoluta de los actos o contratos a que se refiere el artículo 28 de su Ley Orgánica, estará a cargo de la División de Asesoría y Gestión Jurídica, sin perjuicio de las potestades de la Contralora y Subcontralora Generales.

Esa delegación debería entenderse en el sentido, que la oficina delegada, pueda iniciar y dirigir las investigaciones para los supuestos que la misma indica, lo que resultaría jurídicamente viable, sin que pueda entenderse incluida, la potestad de dictar actos que contengan potestades de imperio con incidencia en la esfera jurídica de terceros ajenos a la Contraloría.

El artículo 8) del reglamento delega en otros funcionarios distintos a la Contralora y Subcontralora General de la República, las decisiones finales en los procedimientos administrativos, con expresa confirmación

por el artículo 10) *ibidem*<sup>38</sup>. Esa delegación de potestades carece de asidero normativo para sostenerse.

El respaldo jurídico para la emisión del reglamento, es el artículo 23) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República<sup>39</sup>, pero es en el artículo 77) *ibíd*, donde mejor se regula lo que interesa, pues de su contenido no se colige una autorización para la delegación de potestades sino para la organización interna para el mejor cumplimiento de sus fines<sup>40</sup>.

Resulta jurídicamente improcedente una delegación de competencias con potestades de imperio, a través de un reglamento autónomo de organización, cuando en su ejercicio están comprendidos derechos fundamentales, que por su propia naturaleza gozan de reserva legal y además, con expresa prohibición para tocarlos sin el respaldo mínimo de una norma legal directamente emanada del Poder Legislativo.

<sup>38</sup> Artículo 10.- **Funciones del órgano decisor.** El órgano decisor tendrá las siguientes funciones:

- a) Archivar mediante resolución motivada la relación de hechos, si se advierten causas que impidan el inicio del procedimiento.
- b) Requerir a la unidad interna que formuló la relación de hechos su ampliación, aclaración o corrección, así como cualquier otra diligencia para iniciar el procedimiento administrativo o mejor proveer.
- c) Resolver sobre la imposición, modificación o levantamiento de medidas cautelares.
- d) Ordenar el inicio del procedimiento administrativo.
- e) Resolver el recurso de apelación interpuesto contra los actos dictados por el órgano director.
- f) Requerir prueba para mejor resolver.
- g) Dictar los actos que pongan fin al procedimiento administrativo.
- h) Resolver el recurso de revocatoria interpuesto contra sus actos.
- i) Comunicar, ejecutar o procurar la ejecución del acto final según corresponda.
- j) Cualquier otra necesaria para el cumplimiento de la competencia asignada.

<sup>39</sup> Artículo 23.- Potestad reglamentaria: La Contraloría General de la República tendrá la potestad exclusiva para dictar los reglamentos autónomos de servicio y de organización, en las materias de su competencia constitucional y legal.

<sup>40</sup> En todos los casos en que, de acuerdo con la ley, deba darse oportunidad suficiente de audiencia y defensa en favor del afectado, lo mismo que en los casos en los cuales una resolución final de la Contraloría General de la República cause o pueda causar lesión grave a un derecho o a un interés legítimo, se observará cumplidamente la garantía del debido proceso, de conformidad con los principios contenidos en el Libro II de la Ley General de la Administración Pública y los procedimientos que, por la vía reglamentaria, establezca la Contraloría, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de la Administración Financiera de la República y en su Reglamento, en materia de contratación administrativa, en cuyo caso se aplicarán los procedimientos ahí estipulados.

El reglamento de procedimientos administrativos, ordinariamente regula las investigaciones para la imposición de sanciones, civiles, administrativas o disciplinarias, y en cualquiera de los tres casos, se trataría de una supresión o delimitación de derechos subjetivos públicos, reservada al órgano o funcionario (a) al que expresamente se le haya asignado tal potestad.

Se podría señalar que el Reglamento para el Refrendo de los Contratos Públicos, adolece del mismo vicio de incompetencia orgánica. Sin embargo tal comparación no sería procedente, en tanto el sistema de relaciones en uno y otro cuerpo normativo es distinto en cuanto a los destinatarios.

En el reglamento de procedimientos administrativos, el destinatario es el sujeto-individuo, que mantiene o mantuvo una relación jurídico administrativa con la Administración Pública, en cuyo desarrollo se incurrió en alguna acción digna de investigación por parte del órgano contralor, mientras que el reglamento de refrendos, atiende a una relación interorgánica, donde la participación de la Contraloría atiende exigencia legales para reconocerle eficacia a una decisión administrativa.

La decisión de no refrendar un contrato, por ejemplo, eventualmente podría tener incidencia -en todo caso- <indirecta>, en la esfera de intereses del particular, pero la decisión no le suprime ni le delimita derechos, porque a través de ese reglamento no se modifica la relación jurídica entre el particular y la Administración activa, sino que la mantiene

en suspenso mientras se corrigen los vicios del procedimiento de contratación que se indiquen en la fundamentación de la negación.

En el supuesto de falta de refrendo del contrato administrativo, el responsable de la supresión o delimitación del Derecho, sería el órgano o ente público con el que el particular mantiene la relación jurídica-administrativa, pero no la Contraloría General de la República, que se limita a inmovilizar temporalmente una decisión administrativa tomada a lo externo de ella<sup>41</sup>.

El otro elemento sobre el que descansa la imposibilidad formal y material de delegar competencias atribuidas por la ley a un órgano en particular, es la composición subjetiva de ese órgano. El nombramiento de funcionarios de determinada jerarquía, de marcadas instituciones y definidos órganos, está delimitada por una serie de características atinentes al cargo, precisamente por las elevadas responsabilidades que la posición demanda.

La Constitución Política en unos casos y la ley ordinaria en otros, son las encargadas de establecer las condiciones personales y profesionales de los candidatos a determinados cargos, a los que se le atribuyen el cumplimiento de elevados fines del Estado, cuya envergadura no puede quedar a la libre determinación de funcionarios sin legitimidad democrática.

Los diputados tienen <asesores> y los magistrados <letrados>, pero aunque el grueso de trabajo de campo –o para utilizar un

<sup>41</sup> La falta o ausencia del refrendo no hace a la validez del contrato sino a su eficacia en función de la ejecución, de manera que si el acto de adjudicación es válido, el contrato sin refrendar se mantiene en suspenso hasta que se cumpla la condición suspensiva impuesta por el órgano contralor.

término más prosaico, de carpintería-, recaiga en alguno de esos funcionarios de menor rango, la responsabilidad formal y material que se derive de las decisiones, siempre recae sobre el elegido, que lo fue precisamente por sus condiciones personales.

Razonando al absurdo pero siguiendo la lógica del reglamento analizado, no pareciera existir posibilidad jurídica alguna, que por razones de volumen de trabajo, La Corte Plena a través de un reglamento autónomo, delegase el dictado de las sentencias en los escribientes de los despachos judiciales, o que por Reglamento de organización y de servicio, se delegue en la Directora del Registro Civil, la imposición de sanciones contra los infractores a las normas prohibitivas del Código Electoral.

Los criterios de idoneidad comprobada que exige el artículo 192) de la Constitución Política, apareja otro principio para el nombramiento de los funcionarios públicos, como es el principio de *"intuitu personae"*. Se reclama de los aspirantes al puesto, determinadas características en función de los límites y los alcances de los poderes que se le encomendarán, cuyo ejercicio correcto depende de esas condiciones personales, además, y en razón de las responsabilidades que apareja.

Esas razones imposibilitan la transferencia de competencias destinadas al elegido o seleccionado, hacia otro u otros funcionarios u órganos de inferior jerarquía no contemplados expresamente en la norma jurídica que otorga la competencia en cuestión, sobre todo, cuando del buen ejercicio de esas competencias, dependen el cumplimiento de los más elevados fines públicos que tienen a su vez comprometidos derechos subjetivos de suprema consideración o valoración jurídica.

El Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República, es válido, siempre y cuando se interpreten restrictivamente las facultades otorgadas a otros funcionarios distintos a la Contralora y Subcontralora Generales de la República, sea dicho, limitando su actividad -la de los órganos señalados en los ordinales 8) y 10)-, a instruir los expedientes administrativos hasta su remisión al órgano con competencias legales para dictar el acto final con incidencia en la esfera jurídica de terceros.

De ejercitarse potestades de imperio por funcionarios distintos a los máximos jerarcas institucionales, los actos estarían viciados de nulidad absoluta, conforme lo estatuye el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública.

Según esa norma, habría nulidad absoluta del acto, cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente. Si se atiende que uno de los elementos constitutivos del acto es la competencia y otro es la investidura, según informa el artículo 129 de la misma normativa, estaríamos frente a las infracciones calificadas como graves, que demanda su nulidad.

### **V.- Desfase temporal y confusión conceptual en las competencias de la Contraloría General de la República**

En muchas ocasiones por la fuerza de la costumbre, y quizás también, por la pereza intelectual de consumirse en una lucha por modificar el estado de las cosas, se prefiere

dejarlas como <han sido siempre>. Esa pasividad produce desajustes interpretativos y aplicativos en detrimento de las nuevas realidades, y en múltiples ocasiones, ni siquiera son nuevas, sino dejadas de ver desde otros ángulos distintos <al de siempre>, produciendo en algunos casos, interpretaciones y aplicaciones que ya no son, que nunca debieron ser, o al menos, no en los términos en que lo fueron.

Los hechos son eso, hechos, y consecuentemente son inmutables, mientras que el Derecho, como la plastilina, es moldeable. El Derecho por su capacidad de transformación, es el que debe ajustarse a los hechos y no a la inversa, y consecuentes con esa realidad, la intervención de la Contraloría General de la República en ciertas áreas y frente a ciertos sujetos, no parece ajustarse a la realidad temporal, a las competencias otorgadas ni a los principios gestores de su creación.

### **V.1.- El caso de los bancos del Estado**

Los bancos del Estado son entidades públicas por origen pero no por actividad. Se dice que son por origen por cuanto el artículo 189 de la Constitución Política así lo establece, sin que dicha norma sufriera la debida reforma que actualizara la realidad funcional a partir del año 1995, con la apertura bancaria.

El artículo 3) de la Ley General de la Administración Pública, dispone que el Derecho Privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos ordinarios de su giro, puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes.

Bajo esa inteligencia normativa, habría que identificar la actividad de los bancos públicos

o bancos del Estado en aras de justificar la intervención contralora cuando estos realizan esa actividad ordinaria sometida al Derecho común.

A la luz de una realidad evidente, los bancos estatales no ofrecen servicios públicos, no participan de la gestión pública, ni satisfacen técnicamente, necesidades generales, esto es, no forman parte de la estructura administrativa del Estado en su relación con su quehacer fundamental. La actividad de los bancos del Estado es una actividad de <interés público>, que no le es exclusiva, pues está declarada para la totalidad de los intermediarios financieros regulados en Costa Rica.

Por otro lado, los recursos financieros con los que los bancos públicos desarrollan su actividad ordinaria no son fondos públicos, sino <fondos del público>, esto es, dineros que captan en el mercado financiero -de los ahorrantes e inversionistas-, para realizar el proceso de intermediación. Los únicos recursos de los bancos del Estado de naturaleza pública, son los obtenidos de origen y los adquiridos con sus <ganancias>.

Dos realidades jurídicas conducen a excluir a los bancos del Estado, como sujetos pasivos de la fiscalización de la Contraloría General de la República, al menos en lo que a su actividad ordinaria se refiere. El primero de ellos, es la conversión comercial de los bancos (A) y el segundo, es la naturaleza jurídica de las relaciones laborales entre sus empleados (B)

### **A.- La conversión comercial**

La doctrina francesa fue la principal gestora de la teoría del servicio público, concentrando la atención de la figura en el concepto de *prestación*, para desembocar, como corolario

de lo anterior, en que toda la actividad del Estado, por ser prestacional debía ser considerada servicio público<sup>42</sup>.

Con la incorporación de nuevas formas de satisfacción de las necesidades generales, ya no solamente por medios estrictamente públicos, sino través de una combinación de participaciones, se llegó a proclamar la famosa crisis del servicio público, aceptable únicamente en cuanto a la repartición o extensión subjetiva de las actividades, donde algunas pasaron a ser ofrecidas bajo dos modalidades distintas y consecuentemente bajo dos regímenes jurídicos diferenciados.

El Estado incursionó en las actividades comerciales e industriales, bajo un régimen jurídico mixto, de Derecho Privado en cuanto a las relaciones entre los usuarios o destinatarios de la actividad y de Derecho Público para las relaciones internas entre los servidores del Estado y este como titular de la actividad o empresa<sup>43</sup>.

Dentro de ese doble esquema se acudió también a la figura de la concesión, que se maneja bajo las mismas características anteriores, con un doble régimen jurídico

aplicable a la actividad, con la diferencia que bajo esta modalidad, la participación del Estado estaría limitada a la fiscalización de la actividad en aras de asegurar el cumplimiento cabal de la prestación, dejando lo demás -la prestación en sí-, sometido a la normativa propia de la actividad en el mercado.

En el sistema financiero, con las reformas introducidas por la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995, el grueso de la actividad de intermediación financiera, reservada en principio, exclusivamente a los bancos públicos -y consecuentemente, bajo la dominante tesis francesa del servicio público-, pasó a convertirse en una actividad mercantil común, aunque de interés público<sup>44</sup>.

Múltiples manifestaciones normativas, inclinan la balanza hacia esa tesis. El artículo 8 de la Orgánica del Sistema Bancario Nacional señala que los bancos pueden capitalizar por ley o a través de las <utilidades>; el artículo 9 hace referencia a las <utilidades> para crear un fondo de reserva legal; el artículo 12.1 dispone que deben cancelar el <impuesto sobre la renta>; el artículo 15 establece que todos los bancos regulados por la mencionada ley, pagarán el <impuesto sobre la renta>.

<sup>42</sup> En forma general puede verse cualquier tratado sobre la materia, pero a manera informativa, se señalan: LAUBADÈRE, André, *Traité de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1976, septième édition, VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, editorial Aguilar, Madrid, 1980.

<sup>43</sup> No obstante por jurisprudencia del Consejo de Estado francés, se le da un tratamiento de Derecho Público, a los daños provocados con la actividad o con ocasión de ella, donde el órgano de control administrativo, dispuso que el tratamiento de la responsabilidad en esas condiciones no pueden ser bajo las reglas del Derecho Privado, por cuanto si bien la actividad es mercantil o industrial, por los fines perseguidos no dejan de ser, de alguna manera, un servicio público.

<sup>44</sup> La figura del interés público en este caso, no es por la actividad en sí, sino por las implicaciones que ella tiene en la salud de la economía nacional, de la que el Estado debe ser el principal garante, como operador directo -como sucede con la emisión de bonos, con el control de la inflación a través del Banco Central, con el control de la unidad monetaria, el circulante, etc-, o como fiscalizador. La Ley Orgánica del Banco Central dispone en su artículo 1), que éste es una institución autónoma, de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, integrante del Sistema Bancario Nacional. Su **objetivo fundamental**, es mantener la <estabilidad interna y externa de la moneda nacional y asegurar su conversión a otras monedas, promoviendo un sistema de intermediación financiero estable, eficiente y competitivo>.

salvo el Banco Central, y los artículos del 16 al 19 los somete a la vigilancia, control y fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras.

Por su parte todo el Capítulo I, del Título III, artículos 54 y siguientes, se refiere a estos bancos como <comerciales>, desarrollándose a lo largo de la ley, una reiterada y clara alusión a la actividad como <comercial>, identificándose con claridad y precisión la naturaleza jurídica de los fondos con los que participan en el mercado.

Específicamente los artículos 56 y 57 que a la letra disponen:

*“Art. 56: Los bancos comerciales deberán tener respaldados, en el ciento por ciento, todo su pasivo y saldos acreedores, exclusivamente por los activos y saldos deudores determinados en el artículo anterior, y compuesto por las siguientes obligaciones, que serán contabilizadas en sus libros y detalladas en sus balances de conformidad con la naturaleza e índole especial de cada una de ellas, a juicio del Superintendente General de Entidades Financieras:*

- 1.- *Las diferentes clases de depósitos constituidos, en ellos, diferenciados por su naturaleza y por los plazos y condiciones en que sean reembolsables.*
- 2.- *Las obligaciones que resultaren de sus operaciones de crédito con el Banco Central de Costa Rica y con cualquier otra persona o entidad, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.*
- 3.- *Los saldos de las cuentas originadas por el movimiento normal de utilidades y resultados, y los demás que emanen de las operaciones previstas*

*por la presente ley. Las comisiones e intereses de operaciones de préstamos y descuentos vencidas a más de ciento ochenta días, devengados y no percibidos, se contabilizarán como utilidades cuando no sean percibidos.*

4.- *El monto de su capital y de las reservas que tuvieren, de conformidad con esta ley.*

*Art. 57.- Todos los demás valores que permanezcan en poder de los bancos comerciales, tales como seguridades en garantía, valores en custodia o en comisión de cobro, bienes administrados en calidad de comisiones de confianza y cualesquiera otros similares, serán contabilizados para efectos de registro y control como cuentas de orden, debidamente individualizadas en los libros y balances de los bancos. También se computarán en esa forma o como obligaciones contingentes, según sea el caso, cualesquiera otros valores, operaciones y activos o pasivos que los bancos consideren conveniente registrar, con aprobación expresa del Superintendente General de Entidades Financieras”.*

La reforma a la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995, no implicó, únicamente, la reforma al modelo de la actividad, sino también una reformulación del régimen jurídico aplicable, que incluye sin duda alguna, la relacionada a la Contraloría General de la República, cuya competencia constitucional y legal está reservada al control y fiscalización de la hacienda pública.

La categoría de <instituciones autónomas> otorgadas a los bancos públicos al tenor del

artículo 189 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, inicialmente, se debió a los dos factores que los caracterizaron en su génesis: a) la titularidad de sus activos, y; b) la finalidad inicialmente concebida, de ser un componente más del <Estado social de Derecho>, que pretendía a través de un sistema financiero propio, coadyuvar en el proceso productivo, conjuntamente con otras entidades creadas al efecto<sup>45</sup>.

En su origen, los bancos públicos debían establecer sus objetivos con fundamento en los planes y programas del Poder Ejecutivo, así el párrafo 1) del artículo 2 de la Ley del Sistema Bancario Nacional, dispone:

*“Artículo 2.-Los bancos del Estado enumerados en el Artículo anterior son instituciones autónomas de derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración. Estarán sujetos a la ley en materia de gobierno y deberán actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando sus esfuerzos y actividades. Las decisiones sobre las funciones puestas bajo su competencia sólo podrán emanar de sus respectivas juntas directivas”. (Subrayado es suplido)*

Esta sujeción a la finalidad pública general del Estado, por mejorar las condiciones de vida de los habitantes, tenía todos los elementos para ser considerada un servicio público, tesis que se ve reforzada, por el artículo 3, inciso 4) de la Ley 7558 citada, que en lo que interesa establece, como un objetivo de los bancos:

*“Evitar que haya en el país medios de producción inactivos, buscando al productor para poner a su servicio los medios económicos y técnicos de que dispone el Sistema”.*

La reforma a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional producida a través de la Ley 7558 del 3 de noviembre de 1995, convirtió una actividad de servicio público, a una de naturaleza mercantil, donde los bancos denominados del Estado no se diferencian en su actividad de los bancos privados, incluidos en la misma reforma como miembros del sistema financiero, con la salvedad lógica, del destino de las utilidades de unos y otros.

Así, los bancos públicos deben distribuir sus utilidades de conformidad con el artículo 12 de la Ley de repetida cita, mientras que los privados no están sujetos a esa regulación. Ante eso, el fenómeno jurídico inmediato es que los únicos recursos de los bancos públicos sujetos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, son: a) el patrimonio inicialmente otorgado para iniciar su actividad; b) los activos que hayan producido a partir de ese patrimonio; c) las utilidades producidas al final de cada período fiscal, al tenor del artículo 12 ya citado, y; d) los activos que adquieran a partir o en utilización de esas utilidades.

Los demás recursos que administran esos bancos, son <recursos del público>, que están sujetos a los vaivenes, y peligros consustanciales de la actividad financiera. Esos recursos no forman parte de la hacienda pública, y por lo tanto están excluidos del

<sup>45</sup> Los bancos públicos constituían el brazo financiero del que podían echar mano otras entidades públicas creadas para mejorar las condiciones de vida de los productores, especialmente agrícolas, como lo fue el Consejo Nacional de Producción y el Instituto de Tierras y Colonización, hoy día Instituto de Desarrollo Agrario.

control y fiscalización de la Contraloría General de la República.

Lo anterior tiene sólido respaldo en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que dispone o conceptualiza la hacienda pública, así:

*“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”.*

Expresamente en el párrafo segundo de la referida norma se indica, que los recursos distintos a los provenientes de los presupuestos públicos, “no se considera parte de la hacienda pública”, y no parece necesario hacer un gran esfuerzo intelectual para distinguir el dinero captado de los ahorrantes e inversionistas, del dinero netamente público por su origen.

Para la correcta valoración de lo anteriormente expuesto, es necesario rescatar que la fiscalización y control de la actividad de los bancos en general, le corresponde a la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) por disposición de los artículos del 16 al 19 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, mientras que la referencia a la Contraloría General de la República está limitada, según los artículos 34 y 190 ibídem, a la aprobación del presupuesto de los bancos públicos.

Para armonizar lo señalado en el párrafo segundo del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en relación con los artículos 34 y 190 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, debe acudirse igualmente al artículo 12 del último cuerpo legal mencionado.

Este ordinal 12 de la Ley del Sistema Bancario Nacional, dispone la distribución

de las utilidades de los bancos estatales, estableciendo el porcentaje destinado a reinversión. Esos fondos catalogados como utilidades serían los incorporados a los presupuestos señalados en los numerales 34 y 190, porque los demás dineros, solamente están en custodia o administración de la entidad financiera.

Las limitaciones intervencionistas de la Contraloría General de la República en la actividad ordinaria de estos bancos se logra a través de un ejercicio de hermenéutica jurídica. Para esa concordancia interpretativa se tiene el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que establece:

*“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.” (Subrayado es suplido)*

Resultan llamativos e indicativos de la tesis que aquí se sostiene, los artículos 27 y 28 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional. Señala el primero:

*“Cada Junta Directiva ejercerá sus funciones con absoluta independencia y bajo su exclusiva responsabilidad, dentro de las normas establecidas por las leyes, reglamentos aplicables y principios de la técnica. Los miembros de las juntas directivas tendrán la más completa libertad para proceder en el ejercicio de sus funciones conforme con su conciencia y con su propio criterio, por cuya razón serán personalmente responsables de su gestión en la dirección general del*

*respectivo banco. Sobre ellos pesará cualquier responsabilidad que conforme con las leyes pueda atribuírseles por dolo, culpa o negligencia. Quienes no hubieren hecho constar su voto disidente, responderán personalmente con sus bienes de las pérdidas que le irroque al Banco, por la autorización de operaciones prohibidas por la ley, o que hayan sido autorizados mediante dolo, culpa o negligencia.*

*La asunción de algún margen de riesgo comercial no será un hecho generador de responsabilidad personal en tanto haya tenido adecuada proporción con la naturaleza emprendida y no se haya actuado con dolo, culpa o negligencia; todo de conformidad con las reglas de la sana negociación bancaria. Tratándose de materia sancionatoria en todos los casos en que intervenga la Superintendencia General de Entidades Financieras (\*), corresponderá al órgano que deba dictar el acto final dar la audiencia respectiva al funcionario o los funcionarios implicados.*

*El presidente y los demás directores bancarios se concretarán en sus funciones al ejercicio de las atribuciones que por ley les han sido conferidas, sin abarcar funciones privativas de la administración, ni influir en los funcionarios encargados de dictaminar sobre el otorgamiento de créditos, ni gestionarlos por ellos mismos en favor de persona alguna, salvo extender referencias respecto al gestionante que conozcan. El incumplimiento de lo anterior será causal para que sean removidos por el Consejo de Gobierno”.*

Para una mejor comprensión de la postura que se asume en el ensayo, se detallan algunos puntos:

- a) Se otorga absoluta independencia de criterio a la junta directiva, lo que no es propio de una organización jurídico política administradora de fondos públicos para la prestación de servicios públicos;
- b) Hay libertad para proceder conforme a la conciencia, impropio de una entidad u órgano sujeto al principio de legalidad y a los principios cardinales del servicio público que sujetan la actividad a una determinada finalidad igualmente pública, predispuesta en la ley;
- c) La responsabilidad personal de los directores podría darse por la causación de <pérdidas>, que es una figura propia del derecho comercial, mercantil, civil, pero no de la actividad administrativa con manejo de fondos públicos, que no sufren pérdidas sino sustracciones o deficientes administraciones.
- d) Se alude al concepto de <riesgo comercial>, que es ajeno al criterio de servicio propio del destino de los fondos públicos;
- e) Está limitado a la negociación bancaria, donde tampoco se refiere a la prestación de un servicio público;
- f) Se remite la materia sancionatoria a la Superintendencia General de Entidades Financieras, no a la Contraloría General de la República. Esto implica que se trataría de una sanción por incumplimiento de reglas financieras y no de administración de fondos del Estado;
- g) La remoción de los directores es competencia del Consejo de Gobierno sin participación de la Contraloría General de la República.

*Es clara que esa imposibilidad jurídica de destituir o recomendar su destitución deriva precisamente de la libertad que otorga la misma norma para que actúen conforme a su criterio, conocimiento y conciencia, excluyéndose cualquier tipificación de conducta, salvo la penal, que tampoco sería del resorte de aquella entidad de control y fiscalización.*

Por su parte el artículo 33 ibídem, confirma la tesis de la exclusión de los bancos del Estado al control <general> de la Contraloría General de la República, al establecer:

*“La asistencia puntual de los miembros de las Juntas Directivas a las sesiones, les dará derecho al cobro de dietas fijas, que irán determinadas claramente en los presupuestos anuales del banco. Esta será la única remuneración que podrán percibir por su servicios en el desempeño de sus funciones. <El monto de las dietas lo determinará el Consejo de Gobierno>. Los Gerentes, Subgerentes y demás empleados del banco que asistieren a las sesiones no tendrán derecho al cobro de las dietas”.*  
(Corchetes son de referencia)

En el pago de la remuneración que reciben los miembros de las Juntas Directivas, se excluye la participación, control y fiscalización de la Contraloría General de la República, al no considerarse el pago de las dietas de naturaleza pública, pues si así se interpretara, la definición del monto debería estar predeterminada por una norma jurídica, al menos en sus contornos definitorios.

Por otro lado, los artículos 56 y 57 de la Ley de repetida cita, señala la naturaleza de los

dineros manejados por los bancos del sistema bancario nacional -sin definirla expresamente-, incluidos los bancos del Estado. Menciona la primera norma:

*“Art. 56: Los bancos comerciales deberán tener respaldados, en el ciento por ciento, todo su pasivo y saldos acreedores, exclusivamente por los activos y saldos deudores determinados en el artículo anterior, y compuesto por las siguientes obligaciones, que serán contabilizadas en sus libros y detalladas en sus balances de conformidad con la naturaleza e índole especial de cada una de ellas, a juicio del Superintendente General de Entidades Financieras (\*):*

- 1.- *Las diferentes clases de depósitos constituidos, en ellos, diferenciados por su naturaleza y por los plazos y condiciones en que sean reembolsables.*
- 2.- *Las obligaciones que resultaren de sus operaciones de crédito con el Banco Central de Costa Rica y con cualquier otra persona o entidad, de acuerdo con las disposiciones de esta ley.*
- 3.- *Los saldos de las cuentas originadas por el movimiento normal de utilidades y resultados, y los demás que emanen de las operaciones previstas por la presente ley. Las comisiones e intereses de operaciones de préstamos y descuentos vencidas a más de ciento ochenta días, devengados y no percibidos, se contabilizarán como utilidades cuando no sean percibidos.*

- 4.- *El monto de su capital y de las reservas que tuvieran, de conformidad con esta ley”.*

Y lo confirma el numeral siguiente al establecer:

*“Art. 57.- Todos los demás valores que permanezcan en poder de los bancos comerciales, tales como seguridades en garantía, valores en custodia o en comisión de cobro, bienes administrados en calidad de comisiones de confianza y cualesquiera otros similares, serán contabilizados para efectos de registro y control como cuentas de orden, debidamente individualizadas en los libros y balances de los bancos.*

*También se computarán en esa forma o como obligaciones contingentes, según sea el caso, cualesquiera otros valores, operaciones y activos o pasivos que los bancos consideren conveniente registrar, con aprobación expresa del Superintendente General de Entidades Financieras”.*

Al no ser dineros públicos los administrados por los bancos públicos, deberá sumarse a esa conclusión que las contrataciones de estas organizaciones financieras, que sean del giro ordinario de su actividad, escapan a los procedimientos de la contratación administrativa, así expresamente dispuesto por el artículo 2 de la Ley de la materia<sup>46</sup>.

El concepto de actividad ordinaria fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional, al señalar que se trata de:

*“la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la*

<sup>46</sup> El artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, dispone: “Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta Ley las siguientes actividades: a) La actividad ordinaria de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines.

*Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo*<sup>47</sup>.

La resolución interpretativa de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia no fue todo lo clara y precisa que se hubiese deseado, toda vez que existen muchas actividades que no califican como prestación última, pero que resultan condición esencial para ofrecerla con calidad y eficiencia<sup>48</sup>.

En otra resolución posterior el mismo órgano jurisdiccional resolvió que la actividad ordinaria *“no comprende la actividad propia que desempeña cada institución u oficina pública, entendida como los medios necesarios para el cumplimiento de los fines legales asignados a cada institución y oficina pública, ni de su funcionamiento, en tanto todas y cada una tiene encomendados fines específicos, por cuanto esto implicaría hacer nugatorio el régimen de la contratación administrativa (licitación pública)”*<sup>49</sup>.

Conforme a esa jurisprudencia, la contratación administrativa resultaría el medio idóneo para todas las entidades y órganos sometidos al Derecho público, que tienen fines prestacionales específicos, asignados

puntualmente por la Ley. En sentido distinto, no aplicaría para aquellas entidades, que aunque públicas, carecen de esa obligación prestacional directa.

Efectivamente, una lectura reposada de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, deja en evidencia que a los bancos públicos -por su origen y titularidad-, no se le impusieron fines especiales, específicos y distintos de los que puedan tener otras entidades participantes en el mercado de intermediación financiera.

Siguiendo la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre el concepto de actividad ordinaria, toda la actividad de los bancos públicos estaría bajo esa característica, al indicarse que *“esta comprende el suministro directo con el usuario o destinatario final de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente dentro de sus fines”*<sup>50</sup>, y siendo que los bancos públicos no prestan servicios públicos, toda su actividad se enmarcaría dentro del concepto de actividad ordinaria sin sujeción a las reglas de la contratación pública y consecuentemente fuera de la esfera de influencia de la Contraloría General de la República.

Ante ese panorama serían pocas las contrataciones de los bancos públicos sometidas a dichos procedimientos; estas entidades tampoco administran recursos provenientes de los presupuestos del Estado,

47 Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, número 6458 del 22 de setiembre de 1998.

48 La construcción o remodelación de una oficina para ofrecer servicios financieros, es una condición esencial para la atracción de clientes, y mejorar la calidad de los servicios, sin que tal actividad pueda calificarse como excepcional, porque está dirigida al destinatario final.

49 Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, número 6754 de las 15:36 horas del 23 de setiembre de 1998.

50 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, número 10997 de las 08:35 horas del 13 de diciembre de 2000. En este voto la Sala hizo referencia a servicio <o> prestaciones de origen legal o reglamentario, equiparando unos y otras, por lo que se interpretaría que la referencia a servicios sería a los <públicos>, porque los privados no tienen esa procedencia normativa, salvo el caso de la deslegalización.

52 versee entre otras, las sentencias 4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo del 2000; 11946 de las 15:59 horas del 21 de noviembre de 2001; 7966 de las 16:59 horas del 31 de mayo de 2006 y 17440 de las 19:38 horas del 29 de noviembre de 2006.

quedando también este rubro, fuera del brazo contralor, y en cuanto a la aprobación del presupuesto, la fiscalización se delimitaría a la verificación del equilibrio entre las potenciales ganancias en relación con los gastos del periodo, necesarios para producirlas.

En razón de que el artículo 12 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario dispone un porcentaje para reinversión, el órgano contralor verificaría la utilización de ese porcentaje -que ya tendría la categoría de fondos públicos-, en aras de asegurar el fin dispuesto por la norma, que no es otro que la ampliación de sus activos.

#### **B.- La naturaleza jurídica de las relaciones laborales entre sus empleados**

Un elemento adicional que decanta hacia una liberación de dichas entidades del control de la Contraloría General de la República, es su régimen de salarios y la naturaleza jurídica de las relaciones de empleo. En cuanto al primer punto, se indica que los salarios de su alta jerarquía no están sujetos al Régimen de Salarios del Sector Público ni al rigor de la Autoridad Presupuesta.

En cuanto a la naturaleza jurídica del régimen de empleo, este es laboral privado o común, regulado por una Convención Colectiva -en la mayoría de los casos-, la que también dispone el régimen de incentivos económicos para los empleados sometidos a ella, lejos y ajenos al control de las unidades públicas especiales en la materia<sup>51</sup>.

Múltiples resoluciones de la Sala Constitucional, por las que ha señalado que la capacidad

de negociar convenciones colectivas, está limitada a los servidores que no participan de la gestión pública, liberando a los que no están incluidos en esa categoría, para convenir con el patrono, sus condiciones laborales y económicas<sup>52</sup>, consolidan la posición doctrinal asumida.

El resultado de esa decisión jurisprudencial, en relación con el tema objeto de estudio, es que todos los que están amparados a una convención colectiva, no pueden ser considerados funcionarios públicos, y el régimen jurídico de su relación laboral, es del Derecho Laboral común, de lo que deriva otra consecuencia: la inaplicación de los artículos 71 y siguientes de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Dispone el ordinal mencionado:

*“Artículo 71.—Prescripción de la responsabilidad disciplinaria. La responsabilidad administrativa del funcionario público por las infracciones previstas en esta Ley y en el ordenamiento de control y fiscalización superiores, prescribirá de acuerdo con las siguientes reglas:*

- a) *En los casos en que el hecho irregular sea notorio, la responsabilidad prescribirá en cinco años, contados a partir del acaecimiento del hecho.*
- b) *En los casos en que el hecho irregular no sea notorio -entendido este como aquel hecho que requiere una indagación o un estudio de auditoría para informar de su posible irregularidad- la responsabilidad prescribirá en*

51 Autoridad Presupuestaria, por ejemplo.

*cinco años, contados a partir de la fecha en que el informe sobre la indagación o la auditoría respectiva se ponga en conocimiento del jerarca o el funcionario competente para dar inicio al procedimiento respectivo.*

*La prescripción se interrumpirá, con efectos continuados, por la notificación al presunto responsable del acto que acuerde el inicio del procedimiento administrativo.*

*Cuando el autor de la falta sea el jerarca, el plazo empezará a correr a partir de la fecha en que él termine su relación de servicio con el ente, la empresa o el órgano respectivo.*

*Se reputará como falta grave del funcionario competente para iniciar el procedimiento sancionatorio, el no darle inicio a este oportunamente o el dejar que la responsabilidad del infractor prescriba, sin causa justificada". (Subrayados son suplidos por el autor).*

Si la calidad de funcionario público está limitada a los que realizan gestión pública, esto es, los que tienen fuerza suficiente para imponer los lineamientos generales y concretos de la entidad, o dicho de otra manera, los creadores, gestores y administradores de las políticas institucionales, los que disponen la distribución del presupuesto, entonces, resultan inaplicables los plazos de prescripción del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para cualquier otro empleado que no tenga la

categoría de funcionario público, tal y como lo diseñó la jurisprudencia constitucional<sup>53</sup>.

Un cajero de un banco del Estado no es un custodio de la hacienda pública, sino un simple trabajador, cuyo objeto de trabajo está vinculado al trasiego de dinero, dar y recibirlo según sean los títulos que el cliente bancario le aporte. De ahí que la pérdida o la sustracción del dinero en el cumplimiento de sus obligaciones laborales, no se reputaría como una infracción a la hacienda pública, primero, porque como ya se indicó, el dinero que maneja no son fondos públicos, y segundo, porque, carece de las facultades de disposición -gestión-.

Las consideraciones anteriores demuestran la necesidad de realizar análisis más rigurosos al momento de aplicar el Derecho, que como se dijo en el prólogo del ensayo, hay cierta tendencia a mantener el status quo interpretativo, no por bueno sino por pereza o comodidad.

## **VI- Las competencias de la Contraloría General de la República en otros casos**

La participación de la Contraloría General de la República, también sufrió una enorme disminución competencial con la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, donde entre otras regulaciones, se impuso la apertura del mercado de seguros y las telecomunicaciones.

### **VI. 1.- En el Caso del Instituto Nacional de Seguros**

La Ley Reguladora del Mercado de Seguros, número 8653, incorporó al Instituto Nacional de Seguros (INS) en la categoría de empresa, aunque pública por su origen, no lo es en cuanto a su finalidad, salvo lo relacionado con los Seguros de Riesgos de Trabajo y el Cuerpo de Bomberos.

Esta normativa, dispuso en forma concreta y puntual, que la legislación aplicable a la actividad del INS como corredora de seguros, estará sometida a la ley especial, sea la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, y por su orden, al Código de Comercio, al Código Civil y similares.

Al INS se le disecciona en tres partes para mantenerlo, una parte, como entidad administradora de un servicio público, como lo es, la protección a los trabajadores a través de la administración de los seguros de riesgos laborales, otra, para la ciudadanía en general a través del Benemérito Cuerpo de Bomberos, y la otra, como sociedad comercial como corredora de seguros.

El artículo 47 de la Ley Reguladora del Mercado de Seguros, dispone en los incisos b) y c), la creación conjunta entre el INS y los bancos del Estado, así como con el Banco Popular, de sociedades para la comercialización de seguros, y les eliminó la garantía del Estado.

El artículo 51 *ibidem*, reformó la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos para inaplicarla al INS y a los bancos del Estado, excepto en lo que se refiere al trámite de aprobación del presupuesto, mientras que el artículo 52, reformó la Ley número 12, Ley de Monopolios de Seguros, para convertirlo -al INS-, en empresa aseguradora común, según

se dispone en su artículo 1, y la somete a los tribunales comunes para dirimir los conflictos relacionados con el comercio de seguros, según dispone el artículo 2 de la reforma.

Todavía más. Por el artículo 9 de la Ley número 12 -Ley de Monopolios de Seguros-, reformada por la 8653 -Ley Reguladora del Mercado de Seguros-, se exceptúa de la aplicación de los procedimientos de contratación, todas las contrataciones necesarias para su desarrollo como entidad aseguradora, es decir, toda la que sea ajena al concepto de servicio público, como pueden catalogarse, los Riesgos de Trabajo, como el Cuerpo de Bomberos.

En esta materia, los alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, quedaron reducidas a una mínima expresión, si se toma en consideración, el destino de las utilidades que los ejercicios fiscales le puedan dejar a la entidad.

Una consecuencia inmediata de la reforma operada, es la distinta nomenclatura que tendrían los empleados del Instituto, como empresa corredora de seguros, en cuya estructura y administración, la ley impone una asimilación total en relación con las demás sociedades que se dediquen al negocio.

Conforme al artículo 4 de la Ley 12, reformada, la Junta Directiva será nombrada por el Consejo de Gobierno, pero los nombrados deberán contar con las condiciones especiales señaladas en la Ley Reguladora del Mercado de Seguros; por su parte, esta Junta Directiva será la competente para nombrar al gerente y subgerentes que sean necesarios para la buena marcha de los negocios.

El artículo 6, inciso 4) de la Ley del INS, delegó en el Gerente General el nombramiento y

<sup>53</sup> Para esos otros trabajadores sin categoría de funcionarios públicos, el plazo sería el del artículo 603 del Código de Trabajo.

remoción de los empleados “de conformidad con la normativa aplicable en la institución”, lo que implica la existencia de una doble categoría de empleados: los dedicados al servicio público -riesgos de trabajo, por ejemplo-, y los dedicados exclusivamente a la correduría de seguros. En esa medida, la distinción en la posición laboral institucional, determinará la normativa aplicable.

Conforme a la repetida Ley Reguladora del Mercado de Seguros, ningún empleado de las sociedades corredoras del seguros que pertenezcan al INS, total o parcialmente, podrá ser considerado como funcionario público, en orden de aplicarle la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -salvo, claro está, los miembros de la Junta Directiva y Gerentes, que lo son para el INS como un todo-.

## VI. 2.- El caso del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)

Similar situación se verificó con la promulgación de la Ley de fortalecimiento y modernización de las entidades del sector público de las telecomunicaciones, número 8660 del 8 de agosto de 2008, que reformó la estructura del ICE, para someterlo a un régimen de competencia, al menos en esta materia.

El artículo 6 de la mencionada ley dispone:

*“El ICE y sus empresas, dentro del territorio nacional y fuera de él, serán competentes para lo siguiente:*

- a) *Generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, conve-*

*nios de cooperación, aso-ciaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados.*

- b) *Ser agentes del mercado eléctrico en los demás países que se adhieran al Tratado marco del mercado eléctrico de América Central, aprobado mediante la Ley N.º 7848, de 20 de noviembre de 1998, o a cualquier otro instrumento que en el futuro se suscriba y ratifique”.*

La normativa ubica al instituto como otro proveedor en el mercado de las telecomunicaciones, y en esa condición cesa su condición de ente prestador de un servicio público, con lo que se modifica el concepto de hacienda pública, condición necesaria para la intervención de la Contraloría General de la República.

El régimen de conjunto del ICE, según esta normativa, es el de una empresa privada común, como lo ratifica el artículo 8 ibídem, al establecer:

*“Al ICE y sus empresas, con el propósito de promover su competitividad, se les autoriza para que suscriban alianzas estratégicas, dentro del país y fuera de él, o cualquier otra forma de asociación empresarial con otros entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, que desarrollen actividades de inversión, de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades del ICE y sus empresas. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.*

*Las disposiciones del párrafo anterior no deberán afectar los procedimientos de concentración establecidos en la legislación y tendientes a prevenir, controlar y sancionar cualesquiera prácticas o condiciones contrarias a la competencia efectiva”.* (Subrayados son suplidos por el autor).

El lenguaje de la normativa que se comenta, es preciso: actividad de comercio. Como se confirma con el numeral que a continuación se transcribe:

*“Artículo 10: El ICE y sus empresas podrán implementar las prácticas comerciales usuales y legales en la industria y el comercio en general, como elaborar en forma separada o conjunta con otras empresas públicas o privadas, nacionales o internacionales, promociones incluyendo la dotación, gratuita o no, de equipo terminal, descuentos, patrocinios, paquetes de servicios y cualquier otra práctica de mercadeo. En este caso, el ICE y sus empresas estarán sujetos a las autorizaciones y demás condiciones que indique la ley.*

*El ICE y sus empresas podrán implementar las prácticas usuales en el mercado, para mantener, capacitar y reclutar al personal, incluyendo a estudiantes de colegios técnicos y universitarios. El otorgamiento de becas para capacitación del personal estará restringido al costo de la matrícula, los materiales y, excepcionalmente, el viático y el transporte. Asimismo, podrán negociar acuerdos o contratos*

*con cláusulas compromisorias de arbitraje; para ello, quedan habilitados para determinar la legislación aplicable a los actos o contratos celebrados con entidades de otros países”.*

La implementación de prácticas usuales y legales en la industria y el comercio, apareja por lógica derivación, un alejamiento de la rigidez institucional que implica la aplicación de las normas de control y fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República, pues de otra forma, carecería de sentido lógico la normativa en cuestión<sup>54</sup>.

Importante para el análisis que se realiza, resultan los artículos 11 y 13 de la repetida ley, donde en forma expresa, se modifica la categoría de los recursos que maneja el ICE. Señala el primero de los ordinales indicados:

*“Art. 11.- Para el cumplimiento de sus fines, el ICE y sus empresas están facultados para suscribir contratos de constitución de fideicomisos de cualquier índole, dentro del territorio nacional y fuera de él.*

*Además, los fideicomisos constituidos en el país tendrán la fiscalización y supervisión de la Superintendencia Financiera correspondiente, mientras que a los constituidos fuera del territorio nacional se les aplicarán, en esta materia, las disposiciones de la legislación del país donde fueron constituidos.*

*La actividad contractual de tales fideicomisos constituidos en el país, estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación*

<sup>54</sup> Si la finalidad de la ley, según indica la ley es un fortalecimiento y modernización para competir con otros operadores en el mercado, entonces, uno de los elementos centrales es la flexibilización de los controles, no tanto en relación con la hacienda pública sino con la disposición de los recursos.

administrativa. Los presupuestos de ingresos y egresos de estos fideicomisos, serán enviados a la Contraloría General de la República, para efectos informativos.

*En el caso de los fideicomisos constituidos en el territorio nacional, el ICE y sus empresas podrán elegir libremente el fiduciario, entre los bancos del Sistema Bancario Nacional; para ello, este último deberá cumplir los requerimientos que dispongan el ICE y sus empresas, y coadyuvar en la consecución del interés público e institucional”.*

Hay que subrayar una correcta interpretación de este numeral para no incurrir en equívocos. Al disponerse en el párrafo tercero, que la actividad contractual de los fideicomisos constituidos en el país, estará sujeta a los principios constitucionales de la contratación administrativa, no significa en modo alguno, que deban suscribirse bajo las reglas de la Ley de la Contratación Administrativa.

Lo que dispone la norma es, realizar los fideicomisos bajos parámetros de publicidad, transparencia, objetividad, de obtener las mejores condiciones, sobre principios

finalistas o teleológicos. La ratificación de lo anteriormente señalado, la otorga el párrafo final que establece que el ICE podrá elegir <libremente> al fiduciario entre los bancos del Sistema Bancario Nacional -ni siquiera lo obliga a escoger un banco de los llamados públicos-.

Para despejar cualquier duda sobre la limitada participación de la Contraloría como órgano de fiscalización y control, el penúltimo párrafo del numeral comentado, establece que la remisión de los presupuestos de ingresos y egresos de los fideicomisos, serán con efectos “*puramente informativos*”.

Si bien es cierto en el tema de la contratación se le da alguna participación a la Contraloría General de la República, esta es mínima, por cuanto se dispone en forma puntual, que su participación será a “posteriori”, dejando la administración del procedimiento de contratación, en manos de la Administración activa, sea, en este caso, el ICE, dado que las empresas creadas por éste, están excluidas<sup>55</sup>.

Más interesante resulta el artículo 13, que sustrae del control financiero del Estado, los recursos que administra el ICE. Lo estipula de la siguiente manera:

<sup>55</sup> El artículo 20 de esta Ley dispone: *La adquisición de bienes y servicios que realice el ICE estará sometida a las disposiciones especiales contenidas en esta Ley y en su Reglamento. La Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, de 1° de mayo de 1996, sus reformas, y su Reglamento se aplicarán de manera supletoria.*

*La adquisición de bienes y servicios, que realicen las empresas del ICE constituidas como una sociedad anónima, quedarán excluidas de la Ley de Contratación Administrativa.*

*El ICE y sus empresas contarán con una Junta de Adquisiciones Corporativa cuyo objetivo es ejecutar los procedimientos de contratación administrativa correspondientes, incluyendo la adjudicación y las impugnaciones. La Junta se regirá por su reglamento autónomo.*

*Las resoluciones con efecto suspensivo que se dicten en sede administrativa o en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Civil de Hacienda en materia de contratación administrativa serán excepcionales. Para efectos de proteger el interés público, cuando se solicite la suspensión del acto, al solicitante se le fijará una caución, sin perjuicio de que el ICE y sus empresas, según corresponda, aporten la contracautela o garantía que se le fije. Una vez rendida la contracautela o garantía se levantará de oficio la suspensión del acto. La Contraloría General de la República ejercerá sus competencias bajo la modalidad de control posterior”.* (Resaltado es suplido por el autor)

*“Art. 13.- Ni el Estado ni sus instituciones podrán imponer restricciones ni limitaciones financieras a las inversiones y al endeudamiento del ICE y sus empresas, que resulten ser ajenas o contrarias a esta Ley.*

*Ni el Estado ni sus instituciones podrán solicitar ni exigir transferencias, ni supe-rávit, ni compra de bonos; en general, no se podrá obligar al ICE y sus empre-sas a mantener depósitos en cuenta co-rriente, ni en títulos del gobierno.*

*En caso de distribución de excedentes a favor del ICE o sus empresas, genera-dos por la prestación o comercialización de productos o servicios de electricidad, telecomunicaciones, infocomunicacio-nes y servicios de información, así como la comercialización de otros productos y servicios desarrollados o comerciali-zados por el ICE o sus empresas o por medio de alianzas con terceros, estos excedentes deberán ser capitalizados como reservas de desarrollo para el cumplimiento de sus fines”.*

La transformación del ICE para ubicarlo como un excomponente de la hacienda pública, se ratifica a partir del artículo 15 de la Ley de fortalecimiento y modernización que aquí se comenta, que a la letra estatuye:

*“Art. 15.- El ICE y sus empresas podrán emitir todo tipo de títulos valores, en moneda nacional o extranjera, al interés, la tasa de amortización y el monto, que su Consejo Directivo determine de conformidad con la legislación aplicable. Dichos títulos tendrán la garantía que el ICE y sus empresas les señalen en el acuerdo de emisión; para ello, podrán titularizar sus ingresos actuales y futuros o sus bienes, mediante contratos*

*financieros, tales como arrendamientos o fideicomisos, o podrán gravar sus bienes e ingresos.*

*Los títulos que emitan el ICE y sus empresas serán negociables libremente y podrán ser adquiridos por todos los entes públicos o privados, nacionales o extranjeros, incluyendo las operadoras de pensiones.*

*El ICE y sus empresas podrán emitir, vender y adquirir valores en el mercado financiero primario o secundario, direc-tamente en ventanilla, o por medio de los puestos de bolsa de valores que se estime necesarios. Los valores podrán emitirse en serie o en forma individual y podrán ser objeto de oferta pública. Los bienes patrimoniales del ICE y sus empresas podrán garantizar dichas emisiones”.*

La normativa en cuestión -la Ley 8660-, da para más reflexiones, pero por ahora bástenos una más, relacionada con el régimen jurídico de su personal a partir de la promulgación de la ley. El párrafo final de artículo 10, norma:

*“Art. 10.- El ICE y sus empresas podrán implementar las prácticas usuales en el mercado, para mantener, capacitar y reclutar al personal, incluyendo a estudiantes de colegios técnicos y universitarios. El otorgamiento de becas para capacitación del personal estará restringido al costo de la matrícula, los materiales y, excepcionalmente, el viático y el transporte. Asimismo, podrán negociar acuerdos o contratos con cláusulas compromisorias de arbitraje; para ello, quedan habilitados para determinar la legislación aplicable a los actos o contratos celebrados con entidades de otros países”.*

El texto refleja la desentronización de los principios constitucionales de la función pública, con desaplicación de los preceptos establecidos en el Derecho Administrativo, al tenor del párrafo primero del artículo 112 de la Ley General de la Administración Pública, cuya consecuencia directa e inmediata es la inaplicación del régimen sancionatorio establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

El artículo 16 de la Ley 8660 impuso una liberalización de los protocolos de contratación de personal, que será de regulación interna, considerando las necesidades institucionales para el logro de sus fines<sup>56</sup>.

*“Art. 16.- Ni el Estado ni sus instituciones podrán imponerles al ICE ni a sus empresas, restricciones cuantitativas ni cualitativas a la contratación de recursos humanos, que resulten ser ajenas o contrarias a esta Ley. El ICE y sus empresas tendrán autonomía e independencia en la elaboración y ejecución de su política de contratación de recursos humanos”.*

En materia sancionatoria, los alcances del control y fiscalización de la Contraloría General de la República se cercenaron en tanto, con las salvedades de ley -miembros de la Junta Directiva y Gerentes-, los empleados

del ICE, estarían regulados bajo un régimen de Derecho Privado sin aplicación de los regímenes disciplinarios de su ley orgánica como se había estilado hasta ahora<sup>57</sup>.

### **Conclusiones**

La múltiple legislación dictada en los últimos cinco años, ha producido una transformación en la estructura jurídica del Estado -en sentido lato-, por la modificación de la naturaleza jurídica de varias entidades otrora empetradas en el concepto y contexto de la Administración Pública.

Hoy día ese concepto doctrinal de Administración Pública tiene una connotación meramente formal, para referirse a las organizaciones jurídico políticas que conforman el sector, no así desde la perspectiva material, donde el desarrollo de las actividades dejaron de darse bajo la modalidad de servicio público, para convertirse en una actividad comercial bajo la égida del Derecho común o privado.

Incluso se ha producido una desenfadada y poco estudiada inclinación, hacia la concesión de obra pública con servicios públicos, sin que los ejemplos reales en que se ha concretado, hayan demostrado que sean la mejor solución para la falta de recursos públicos para atender directamente los servicios derivados de aquellas.

<sup>56</sup> Aquí se produce una diferencia sustancial. Cuando se estaba frente a una entidad pública cuya finalidad era la prestación de servicios públicos, las necesidades de contratación del personal estaba en función de las necesidades de recursos humanos que la eficiente prestación del servicio requería. Al señalarse ahora que esta contratación está en función de la finalidad del ICE como comercializador, se modifica el concepto para dar espacio al criterio del lucro, del beneficio económico, como fin principal.

<sup>57</sup> Es preciso señalar que lo de la aplicación del régimen disciplinario de la Contraloría General de la República, no tiene limitada su aplicación desde la perspectiva estrictamente administrativa, esto es, dentro de la Contraloría General de la República, sino también por el mismo Poder Judicial, al momento de valorar las prescripciones que podrían darse ante las faltas indicadas en aquella ley.

Todas estas realidades han desembocado en una paulatina pero indetenible invisibilización de la Contraloría General de la República, que ha visto reducida su existencia a pocas organizaciones que por su naturaleza, no están en posibilidad de modificar su status, tal es el caso de los tres poderes del Estado más el Tribunal Supremo de Elecciones, Municipalidades, y otras similares.

Por otro lado no sobre señalar el sobredimensionamiento de sus competencias que ha querido imponer la Contraloría General de la República, introduciéndose en temas que están fuera de sus alcances, con detrimento de aquellos sobre los que indiscutiblemente debe ejercerla, <y ejercerla bien>, tal es el caso de las concesiones públicas que han sido un verdadero fracaso, con grandes pérdidas de recursos públicos y lo que es peor, con

perjuicios insoportables para la población: carreteras mal construidas con montos de peajes elevados; reparación de vías a costos muy por encima del real; desviaciones de recursos hacia fines distintos a los destinados por la normativa; aprobación de presupuestos públicos sin atender las competencias y fines de la entidad fiscalizada; en fin, poca actividad de verdadero control y mucho activismo en temas de escasa o ninguna importancia.

El pequeño ensayo que se presenta, es solamente una pequeña muestra de la realidad jurídica, sobre los límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, las que por una añeja interpretación, se vieron ampliadas a confines inimaginables para el mismo Constituyente, pero que bajo un análisis más riguroso, se determina su disconformidad jurídica.

San José, 28 de julio de 2010.