

CUADERNOS JURÍDICOS

Derecho Administrativo sustantivo,
procedimental y procesal contencioso
administrativo

Volumen 2

**César
Hines Céspedes**



César Hines Céspedes

CUADERNOS JURÍDICOS

Derecho Administrativo sustantivo, procedimental y
procesal contencioso administrativo

Volumen 2



Licencia Creative Commons

Cuadernos jurídicos. Volumen 2 por Dr. César Hines Céspedes

Se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Índice

Presentación	6
I. El principio de eficiencia como parámetro de control del acto administrativo	8
I. Teleología de la actividad del Estado	11
II.- La eficiencia como principio general	14
III.- El principio de eficiencia en el ordenamiento nacional	16
a) En la Constitución Política	16
b) En la legislación ordinaria	18
IV.- El principio de eficiencia frente al usuario de los servicios públicos	20
V.- La eficiencia en las relaciones individuales	26
2. Ética y transparencia en la contratación administrativa	33
La ética	40
La transparencia	43
La ética y transparencia en el ordenamiento jurídico costarricense	44
Ética y transparencia en la función pública	46
La ética y la transparencia en el plano jurídico	48
Ética y transparencia en la contratación administrativa	49
La teoría de la apariencia	49
La teoría de la apariencia en la contratación administrativa	50
El lugar de la ética y su transformación en una regulación concreta	56
Algunos avances en materia de contratación administrativa	57
Conclusiones	58
Sobre la reforma a la Ley de la Contratación Administrativa, sus implicaciones y peligros	61
a) Sobre las sanciones	62
b) Sobre los criterios de oportunidad y conveniencia	65
c) El Tribunal de Contratación Administrativa	67
3. Límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República	70
Introducción	70
I.- El indicador histórico	71

II.- Naturaleza jurídica	72
III.- Competencias constitucionales	79
IV.- Competencias legales	80
IV.a.- La potestad reglamentaria para el ejercicio de competencias públicas	84
IV.b.- La delegación interna de potestades para el cumplimiento de sus fines	87
IV.b.1.- El régimen jurídico de los derechos fundamentales	89
IV.b.2.- La validez de los actos de delegación	92
IV.b.3.- La validez de los actos de delegación originada en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República	95
V.- Desfase temporal y confusión conceptual en las competencias de la Contraloría General de la República	99
V.1.- El caso de los bancos del Estado	100
A.- La conversión comercial	100
B.- La naturaleza jurídica de las relaciones laborales entre sus empleados	112
VI.- Las competencias de la Contraloría General de la República en otros casos	114
VI.1.- En el Caso del Instituto Nacional de Seguros	114
VI.2.- El caso del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE)	116
Conclusiones	122
Referencias bibliográficas	123

Presentación

Usted tiene en sus manos el volumen II de los Cuadernos Jurídicos, construido con el propósito de generar discusión sobre diversos temas del Derecho Administrativo y Constitucional que sean del cotidiano acontecer de los operadores del Derecho Público en particular y de las ciencias jurídicas en general.

Como señaláramos en el prefacio del volumen I, estamos muy lejos de convertir estas disquisiciones en Tratados de Derecho, porque además de las razones dadas en la primera presentación, es relevante señalar que los pilares sobre los que se asienta la construcción del Derecho como fundamento del Estado, son -cuando menos para esta época- inmutables, siendo que lo cambiante son los instrumentos y las distintas formas de aprovecharlos para satisfacer la sed de justicia -terrenal- de las sociedades.

Los componentes cardinales de la Contratación Pública, las reglas procesales de los procesos de conocimiento, los principios constitucionales atinentes a los derechos fundamentales, las puntualidades del procedimiento administrativo están debidamente estructuradas en reglas jurídicas que solamente demandan interpretaciones y aplicación adecuada y adaptada a las variaciones en los comportamientos humanos.

En el presente volumen, se abordan cuatro temas muy puntuales que a nuestro parecer contienen varios gérmenes de atención prioritaria para resolver conflictos que de otra manera podrían generar en injusticias para alguna de las partes involucradas; el tema está integrado por un análisis del Principio de eficiencia como parámetro para el control de la actividad administrativa y su validez frente al ordenamiento jurídico.

En la práctica cotidiana y como nos ceñimos en señalarlo constantemente, la Administración Pública utiliza el término "interés público" de por sí y per se un concepto jurídico indeterminado, como un canto eclesiástico a cuyo sonido los feligreses -ciudadanos y jueces- deben inclinarse a rendirle tributo aunque no haya demostrado ningún milagro, pero ni ciudadanos ni jueces -en su gran mayoría- se detienen a valorar si ese mal llevado y traído interés público realmente ha generado eficiencia en la prestación demandada con eficacia, esto es, con resultados tangibles o cuando menos visibles.

Un segundo tema es el de la ética y transparencia en la contratación administrativa, en los que subyace como elemento cardinal -precisamente- ese interés público que está inmerso en toda contratación del Estado, y de seguido entonces, hacemos algunas referencias a una deseable reforma a las reglas de la contratación administrativa para impregnarla de los valores y principios derivados de la ética y la transparencia.

En este tercer ofrecimiento, comentamos y analizamos los comportamientos irregulares de la Administración como de los responsables funcionarios que ateniéndose a su poder de mando, llevan al traste un altísimo porcentaje de las obras públicas, especialmente en el área de la infraestructura; igualmente se hacen señalamientos de torcidas interpretaciones a las que ha recurrido la Contraloría General de la República sobre lo que es su participación en los procedimientos de contratación, para dejar por la libre las actuaciones y omisiones de los responsables financieros, administrativos y técnicos de las contrataciones públicas, que se traducen en la duplicación, triplicación y más, del costo final de las obras civiles contratadas.

Finalmente, para rematar con el tema de las omisiones fiscalizatorias, se cierra el volumen con un estudio sobre los límites y alcances de las competencias de la Contraloría General de la República, más allá del tema de la contratación, para hacer patente los vacíos jurídicos o de interpretación que permite los desvíos de los fines del Estado.

Como siempre, nuestros estudios, análisis, observaciones y aportaciones, tienen únicamente el interés de abrir las posibilidades interpretativas y aplicativas de nuestro ordenamiento jurídico, el que nos resulta muy completo -no perfecto- visto desde las alturas de la objetividad doctrinal; sistema normativa que agradecería mucho ser valorado desde una dimensión más allá de la letra de la ley y más de la lógica, la ciencia, la técnica y la experiencia como sabiamente introdujo el legislador en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública desde 1978.

Dr. César Hines Céspedes
Marzo, 2020

EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA COMO PARÁMETRO DE CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO





EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA COMO PARÁMETRO DE CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Introducción

El Derecho Administrativo como rama diferenciada del ordenamiento jurídico por su estructura y destinatarios, está concebido bajo criterios teleológicos, que a la postre son los componentes básicos que deben privar en su análisis aplicativo, que le servirían de sustento doctrinal a los cambios permanentes que deben proyectarse y materializarse en el ejercicio del poder administrativo que se exterioriza a través de los actos y actuaciones públicas dirigidos a una comunidad de individuos. Desaparecida la duda sobre la naturaleza pública de los fines del Estado, quien aún actuando bajo el prisma conceptual del Derecho Privado en aquellas actividades que no tienden a satisfacer en forma inmediata y directa una necesidad general, su finalidad seguirá mostrando ese marcado interés público como núcleo esencial de su conducta externa.

Desde la perspectiva privada de una actuación pública, se trata de una modificación al régimen jurídico aplicable a la actividad concreta, no así a los objetivos vistos en su dimensión deontológica, porque al carecer el Estado de fines para sí, proyecta y actúa los que han sido elevados a la categoría de públicos o generales, dispuestos normativamente por medio de la ley, máxima exponente de la voluntad general. De ahí que las normas y principios encuadrados en el Derecho Administrativo deben ser sometidos a lecturas y relecturas para obtener de ellas su máxima proyección axiológica para acercarla cada vez más a la realidad, facilitándole a la Administración el cumplimiento de sus cometidos y un ejercicio de fiscalización mejor ajustado a la legalidad administrativa.

Desde esa altura del discurso, la radiografía de las decisiones administrativas hace desaparecer el cotejo comparativo entre el acto y la norma y deniega la intención de contemporizar la voluntad administrativa frente a los elementos normativos que la regulan para otorgarle la bendición por su congenialidad normativa. Por el contrario, se trata de establecer parámetros objetivos de calificación en su materialidad, pero más importante todavía, frente a los resultados posibles o logrados, desviándose la atención

del control hacia la meta final y no hacia las formalidades del contenido o motivo, sin que por ello dejen de valorarse en la fiscalización, por su integración estructural, necesaria para asegurar la conformidad ordinamental.

El examen al ejercicio del poder administrativo debe enfocarse en los métodos y resultados, o mejor señalado, entre procedimientos y logros, cuya misión abstracta reconduce al más alto nivel de satisfacción con el más bajo costo social y económico. Eso es eficiencia y eficacia, único destino de los esfuerzos estatales para satisfacer necesidades públicas, sin limitarse a la legalidad puritana de la norma habilitante de la competencia, sino en un proceso de complementación con la incorporación de otros elementos, en franca armonía conductiva entre la competencia administrativa y la necesidad general.

El lenguaje sirve para expresar y para posibilitar pensamientos que no podrían existir sin él, pues las diferencias se encuentran en el plano físico donde estos se plasman, por la necesidad de materializar la idea como medio posible para su comprensión. En el Derecho Administrativo, cuya consecuencia casi inmediata es la transformación de la vida política económica y social por la intervención del Estado, el lenguaje jurídico sufre la transportación física de su contenido a los efectos derivados o al cumplimiento de una finalidad última, sin que sea posible comprenderlo sin una aplicación lógico-sistemática en el plano material de la actividad administrativa, que en esencia, es la que permite dilucidar no solamente su corrección, sino su efectividad.

El lenguaje matemático, a diferencia del jurídico administrativo, parte de oraciones bastante simples y se procede con reglas de inferencia para construir enunciados simbólicos cada vez más complicados que los supuestos iniciales, que si son verdaderos, también resultarían verdaderos cualquiera que sean sus significados. En el lenguaje administrativo saber el significado no siempre es congruente con el resultado, porque tiene la característica lingüística de la *interpretación posible frente a la interpretación querida*.

Resultaría necesario en consecuencia, acudir a otros elementos externos a la palabra pura, para encuadrar el texto de la norma con el sentimiento real que está inmerso en ella, y sería en el plano físico donde se logra tal propósito, en el tanto este nos permita medir las distancias entre lo públicamente saludable y lo jurídicamente viable. Determinar la eficiencia desde un plano estrictamente lingüístico con prescindencia de la materialidad final resulta inocuo, porque es en esta última donde se concreta con claridad la satisfacción de la norma.

Medir la eficiencia a partir de una concepción formal nacida de la interpretación normativa resultaría contradictorio con el enunciado mismo, por la ausencia de un parámetro de medición ajustado a los requerimientos del giro administrativo de que se trate. Puede *parecer* eficiente que el Ministerio de Salud vacune a dos de cada cinco habitantes del país, pero la verdadera dimensión valorativa de la eficiencia administrativa se daría a partir del conocimiento de la cantidad de habitantes que el Ministerio de Salud efectivamente *debería* vacunar frente a los que realmente vacuna.

De esta manera, las mediciones científicas de los resultados resultan un parámetro de control y fiscalización de la actividad administrativa en cualquiera de sus manifestaciones, sin que por ello se escape del plano jurídico, porque la eficiencia tendrá incidencia directa en la validación de la decisión, acto o actuación administrativa, que de otro modo, podría ser técnicamente legal pero bajo un concepto amplio de la normatividad, sería ilegítima.

La definición de eficacia utilizada en este texto difiere de la que regularmente se aplica, entendida como el espacio temporal a partir del cual surten los efectos jurídicos de los actos administrativos. Aquí el término lo utilizamos en vinculación no solo con el cumplimiento sino que además y paralelamente, lo aplicamos para destacar el logro de los fines que el ordenamiento impone a la Administración, sin contrariar la definición inicialmente señalada, porque la diferenciación nace de la tipología del acto cuanto que también la valoración de su eficacia puede cumplirse con su sola comunicación. Por esa razón y para evitar confusiones terminológicas, o conflictos semánticos, se recurrirá a la palabra eficiencia, que siguiendo la línea doctrinal establecida por la Sala Constitucional, integra ambos conceptos y así se le aclara a los lectores¹.

I.- Teleología de la actividad del Estado

A partir de la configuración del Estado como fuerza superior reguladora y ordenadora de la sociedad, aparece en escena el concepto de acto administrativo como medio material para identificar sus manifestaciones de voluntad. Hay acuerdo doctrinal para señalar -tomando como punto de partida a Francia- la etapa posrevolucionaria como el momento

¹ Por voto 0140-1993 de las 16:05 horas del 13 de enero de 1993, la Sala Constitucional hizo la integración de ambos vocablos en el de eficiencia, al decir que esta no solo significa la realización de los cometidos públicos (eficacia, como se entiende en la Ciencia de la Administración) sino también, llevarlos a cabo de la mejor manera (buena calidad y menores o mínimos costos.

del nacimiento de un Derecho especial para atender las relaciones entre los particulares y el Estado, reconociéndose en el genio de Napoleón, la creación de una clase administradora distinta de la política que había dirigido los destinos de esa nación², y como consecuencia de ello, la visión política tendía a buscar las mejores fórmulas para cumplir con las obligaciones estatales de dar satisfacción a grandes necesidades sociales, que se cimentarían en una organización cuyos movimientos debían ser precisos, coordinados y armoniosos.

La clásica conclusión de que en Francia -cuna y cama del Derecho Administrativo - el control de la Administración se mantuvo en la esfera administrativa por la desconfianza arrastrada y manifiesta en los jueces que mantenían una línea ideológica antirrepublicana, no es excluyente de una segunda conclusión más elaborada, por la que se considera que esa unificación histórica entre los sujetos controlados y los controladores tenía como objetivo el mantener la actividad administrativa y su control, en su verdadera dimensión entre los derechos del particular y los intereses generales, que podrían colisionar en una determinada decisión, frente a lo que se señala que el control de la Administración por quienes formalmente son parte de su estructura funcional, surge por una mayor comprensión que del accionar administrativo tienen quienes participan de él, facilitando la transición de los efectos fiscalizadores al cumplimiento del orden jurídico, sin atentar contra la continuidad de los servicios.

Un estudio pormenorizado de Vedel, nos permite colegir que en la decisión política se acuñó la idea de que otorgar las facultades fiscalizadoras a entidades ajenas al manejo diario del quehacer administrativo, tendría potencialmente dos efectos contrapuestos: que las resoluciones del contralor podrían quedar cortas como respuestas al conflicto presentado, o; las soluciones a los conflictos se podrían extender demasiado en sus efectos, y en cualquiera de los dos casos siempre habrían perdedores³.

² Para ahondar más en el etapa histórico sobre el nacimiento del Derecho Administrativo, desde una perspectiva moderna y dinámica, pueden verse entre otros, a García de Enterría, Eduardo, Revolución francesa y Administración contemporánea, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994 y González Camacho, Oscar, La justicia administrativa, tomo I, Instituto de investigaciones jurídicas S.A., San José, 2001, donde los autores hacen una muy elaborada proyección histórica.

³ De la obra del autor francés se extrae que en la pretensión final del creador del sistema de justicia retenida, estaba bien presente el principio de eficiencia como elemento fundamental, pues antes que una legalidad estricta aplicada por jueces independientes, desde el punto de vista orgánico, prefirió arriesgar la neutralidad judicial por la continuidad y seguridad de la prestación del servicio. Es interesante señalar que para el autor, el concepto de ejecución de las leyes que la Constitución transfiere al Poder Ejecutivo se refiere a una tarea general de asegurar el mínimo de condiciones requeridas para la continuidad de la vida de la nación, para el mantenimiento del orden público y la buena marcha de los servicios públicos, y agrega que todo ello, con prescindencia incluso de las prescripciones formales del legislador. Con lo anterior se confirma que el concepto de eficiencia no está dispuesto por la ley sino que está inmerso en la naturaleza intrínseca de las obligaciones estatales. Vedel, George, Derecho Administrativo, traducción de Juan Rincón Jurado, 6º edición, Editorial Aguilar, Madrid, 1980.

La eficiencia como principio cardinal para la legitimidad del Estado, se ha contemplado en la idea original desde la configuración de este como sujeto independiente y supraindividual, lo que es apreciable desde los textos de los contractualistas, que señalaban que el desprendimiento de ciertas facultades que cada hombre en su naturaleza libre arrastra consigo, para entregarlas a una entidad independiente, solamente podía tener como finalidad, el facilitar la convivencia social en unas condiciones que en su individualidad sería incapaz de lograr⁴.

De esta identificación histórica no escapa la doctrina para quien -como lo señalara Ortiz Ortiz- la materialización de los fines del Estado a través de una personificación en la Administración, está sostenida sobre esa tarea esencial de satisfacer necesidades de la comunidad, afincándose en esta unidad el aspecto fundamental de la actividad administrativa frente a la ley⁵, siempre parafraseando al citado autor, los poderes otorgados no son de ejercicio facultativo ni subjetivamente condicionados, sino obligaciones a cargo del órgano público en beneficio de la comunidad, con rechazo frontal a la idea de un poder sin fines determinados⁶, coronándose la conclusión preliminar, de que esas potestades-deberes deben ser cumplidas de cierta forma y para ciertas metas, cuyo quebranto acarrearía una disfunción administrativa que debe ser declarada y desaparecida.

El análisis de la voluntad administrativa expresada en el acto o en la actuación material, debe abarcar el espectro jurídico-político-sociológico en que se desenvuelve, sin agotarse en la verificación formal de su legalidad porque los portillos que en su interpretación se abren, pueden resultar en una desviación de los fines de la norma, con factores ajenos a la pretensión última de la ley pero bajo una apariencia de legalidad, como se presenta en el abuso, con una apariencia de buen derecho, pero en función de una pretensión ilegítima, aunque en su externalidad aparece ajustada a las exigencias de la norma.

SESIN señala que los requisitos o elementos de legalidad del acto administrativo no se limitan a la legalidad pura, sino que se complementan con los principios generales

⁴ Locke, John, señalaba que la libertad natural del hombre solamente puede modificarse con su consentimiento, que otorga para que por regla de mayoría se conforme una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a la comunidad. En esas expresiones radican las primeras manifestaciones de las funciones del Estado, como las de proveer seguridad e impartir justicia, entendida como la resolución de un conflicto. En ambas situaciones y de acuerdo con el autor, lo que se pretende es que a través de regulaciones eficientes, se puedan otorgar esas facilidades existenciales a quienes convinieron en organizarse en comunidad. Del autor: Ensayo sobre el Gobierno Civil, traducción de Amando Lázaro Ros, Editorial Aguilar, Madrid, 1973, páginas 73 y siguientes.

⁵ Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo I, editorial Stradtman S. A., San José, 1998, página 35.

⁶ *Ibíd.*

del derecho y demás aspectos que integran el orden jurídico administrativo, que en base a los nuevos marcos constitucionales constituyen fuente directa y operativa del accionar administrativo⁷. Esa doctrina es concordante con expresiones normativas que regulan la integración referenciada por el autor argentino, como la Ley fundamental de Bonn en su artículo 20; la Constitución italiana de 1948 en su artículo 97 y la Carta española de 1978 en sus artículos 9.2 y 103.1.

Estas normas del más elevado rango, señalan que la sujeción de la Administración debe serlo a la Ley y al Derecho, que conlleva un deber jurídico general de actuar apegado a todo el tinglado normativo que compone el ordenamiento. Es bajo esta formulación del principio de legalidad administrativa, que se inclina la doctrina argentina, manifiestamente favorable a la imposición de requisitos de juridicidad del acto administrativo en sustitución de los de legitimidad con el que históricamente se han identificado a los elementos que integran esa manifestación de voluntad pública, porque, señalan, el uso de legitimidad o legalidad podría entenderse *prima facie*, como demasiado apegado al normativismo, socavando el hecho incuestionable que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio⁸.

II.- La eficiencia como principio general

Hasido criterio histórico prevaleciente, que las leyes fundamentales que organizan el sistema jurídico, constituyen una ordenación de normas destinadas al reconocimiento de un plexo básico de derechos humanos y sociales, y de un sistema de organización del poder, a partir de su distribución y control recíprocos, utilizando a ambos fines, los conocimientos técnicos científicos provistos por la ciencia jurídica y no por la teoría de la organización. Ambos perfiles tradicionales de la ciencia jurídica no pueden ser abandonados ni menospreciados, tanto en función del grado de verdad de las postulaciones logradas como de la utilidad que los referidos desenvolvimientos científicos aportan al desarrollo social.

⁷ Sesin, Domingo Juan, Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad, en Temas de Derecho Administrativo, Librería editora Platense, La Plata, 2003, página 152.

⁸ Sesin, Domingo Juan, Administración Pública, Actividad reglada, discrecional y técnica, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1994, página 20 y siguientes. En igual sentido Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Diké, 1999, y Tawil, Guido Santiago, Administración y Justicia, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993.

No empece lo anterior, esos hechos y verdades no deben desplazar la trascendencia de lo organizacional ni de la inequívoca función vinculada a la organización que tiene el Derecho; olvidarlo resulta un detonante cuando desde todos los ámbitos del quehacer social se escuchan voces reclamando eficiencia y eficacia, en tanto que la respuesta frecuente del Derecho, es su producción, dispuesta con prescindencia de la verificación de los resultados obtenidos con su aplicación, sujeta a un ritualismo estéril, colocando al sistema jurídico muy lejos de la función de asegurar los resultados que la sociedad necesita.

Romano⁹ afirmó que el Derecho, antes de ser norma es organización, a lo que Bidart Campos sin contradecirlo ripostó indicando que si la norma escrita es también organización cuando tiene vigencia sociológica, pareciera ser que, simultáneamente, la normatividad y la organización son expresiones cronológicas de la misma entidad¹⁰, porque en la práctica forense el pensamiento del juez no se debe estancar en la valoración puramente axiológica de la norma, para en su lugar, intentar enfrentarse a la realidad aplicativa en que cobrará vigor, donde, se dice, con Quiroga Lavie, que detrás de todo ordenamiento jurídico hay un sistema organizacional que el Derecho positivo ha ignorado con frecuencia, y los jueces tampoco han tomado en cuenta la necesidad de interpretar dicho orden positivo a partir de un sistema de principios organizacionales que operativicen la plena fuerza normativa de la Constitución¹¹.

El principio de eficiencia es pues, el entramado axiológico de todo texto constitucional que se precie, cuyo resultado no se manifiesta a través de las muchas veces en que se aplica, sino que todo lo contrario; la validez y eficacia de la norma en su dimensión existencial se glorifica con su recepción pura; dicho de otra forma, sería reconocer que la manifestación sublime de ese respeto hacia la norma, se dibuja en su plenitud cuando socialmente alcanza un automatismo aplicativo o un cumplimiento espontáneo.

El principio de solidaridad contenido en el artículo 73 de la Constitución Política, al transformarse en prestaciones reales, revestirá mayores niveles de eficiencia incorporada en su naturaleza intrínseca, en la misma medida en que las entidades obligadas, sin necesidad de requerimientos judiciales que las coaccionen, aumenten el volumen de asistencia social a la población meta, porque de ser de esta última manera, la eficiencia no sería de principio sino una consecuencia final ineludible por la obligatoriedad de la resolución que la impone.

⁹ Romano, Santi, El ordenamiento jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

¹⁰ Bidart Campos, German, El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

¹¹ Quiroga Lavie, Humberto, ¿Es eficiente el sistema normativo? Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, página 13.

Un enfoque desde la cima del ordenamiento jurídico reconduce a una segunda conclusión preliminar, de que la pretensión del constituyente, -que no está ausente en las labores legislativas ordinarias- fue la de proveer sistemas organizacionales eficientes para satisfacer los requerimientos generales que diariamente reclama la sociedad como cuerpo y los administrados como miembros en su individualidad. Al disponer el artículo 11 del Código Político que los funcionarios públicos están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone sin arrogarse otras facultades distintas a las que aquella les otorga, se está confirmando que la esencia de la función burocrática es la de facilitar a los ciudadanos la satisfacción de aquellas necesidades elevadas a la categoría de obligación estatal¹².

Se entiende que la decisión de la comunidad plasmada en la norma se materializa con el cumplimiento espontáneo de los objetivos perseguidos con su promulgación sin limitarse al respeto de su letra. Como derivación de esa lógica interpretativa, el principio de eficiencia resulta ser parte del proyecto de vida de la Constitución, es su savia vitalizadora porque el esquema organizacional del Estado tiende a perseguir esa eficiencia, al crear instituciones y órganos incorporados en el plexo constitucional para servir a esos fines.

III.- El principio de eficiencia en el ordenamiento nacional

a) En la Constitución Política

La eficiencia como consecuencia material de la actuación o del acto administrativo está presente en la Constitución Política en prácticamente todo su texto y por supuesto en el contexto de su interpretación, además de encontrarse señalado expresamente en algunas normas concretas¹³. A la par del artículo 11 ya citado, se encuentra el numeral 12 por el que se dispone que para la vigilancia y conservación del orden público, habrán las fuerzas de policía necesarias, que no creemos que deba indicar expresamente que la vigilancia y conservación de ese

¹² En ese sentido debemos coordinar con el artículo 105 de la misma Carta, que dispone que la potestad legislativa la tiene el pueblo delegada en sus representantes. Esto implica que lo que la ley regula es una decisión de las mayorías y en ese sentido nadie, diferente a esas mayorías podría desconocerlo. Por eso Locke señalaba que se trata de una entrega voluntaria de parte de la soberanía individual a favor de la comunidad y como tal inmovilizada frente a criterios o resoluciones no tomadas por esa misma mayoría. Locke, op cit, página 73.

orden público deben ser eficientes para entender incorporado el principio, lo mismo se podría señalar en el artículo 27 que garantiza el derecho a una pronta respuesta, en el 50 que garantiza el derecho a un ambiente sano y la promoción estatal para un mejor reparto de la riqueza; numeral que se convierte a su vez en una norma vinculada al principio de solidaridad y como tal, de profundas connotaciones jurídicas en la calificación de algunos actos administrativos, por la facilidad que ofrece de descubrir la ineficiencia cuando se traspasen los límites lógicos y mínimos de su contenido. Igales interpretaciones pueden agregarse en los demás títulos, de los que se desprende el deber administrativo de ser eficientes para que el mandato constitucional no sea una quimera sino una realidad, aún cuando por situaciones metajurídicas esas realidades no pasen de ser un lindo discurso normativo sin posibilidades reales de cumplimiento¹⁴.

La Sala Constitucional reiteradamente ha considerado en su jurisprudencia, que la eficiencia es un principio jurídico de raigambre constitucional, que permite otear la constitucionalidad de una actuación administrativa frente a los derechos subjetivos de los particulares valorados en el plano supralegal. Así ha señalado que, el traslado de un funcionario público debe obedecer a criterios objetivos tendientes a mejorar el servicio público, rechazándose toda valoración subjetiva¹⁵.

En otra oportunidad, en el análisis de un reclamo por la violación al principio de igualdad, resolvió en favor del reclamante, al señalar que la actuación administrativa estuvo precedida de un marcado interés político -como contrario al interés público- y desde esa perspectiva no era admisible la aplicación de criterios diferentes para situaciones semejantes, pero que en ambos casos las actuaciones debieron ser marcadas por el principio de eficiencia que se persigue a través del procedimiento de licitación pública¹⁶. Este principio de eficiencia fue elevado a principio constitucional por esa misma jurisprudencia constitucional, al resaltarlo como condicionante esencial en la contratación pública¹⁷.

¹³ Es el caso del artículo 140. 8) y 191

¹⁴ En ese sentido se califican las normas por las que se propone la facilitación material a los ciudadanos de viviendas y otros beneficios que el Estado por incapacidad económica no puede otorgar. Sin embargo tampoco puede ejecutar actos en sentido contrario.

¹⁵ En ese sentido pueden verse los votos de la Sala Constitucional números 7419-97 de las 10:15 horas del 11 de noviembre y el 3872-00 de las 10:57 horas del nueve de mayo.

¹⁶ Véase el voto 752-93 de las 16:18 horas del 15 de febrero.

¹⁷ Véase Romero Pérez, Jorge Enrique, Contratación Pública, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003, páginas 85 y siguientes donde el autor lo extrae de los votos 213-98 y 245-98, ambos de la Sala Constitucional.

b) En la legislación ordinaria

Desde el inicio de su proyección legislativa, la Ley General de la Administración Pública (LGAP), señala el rumbo que deben seguir las Administraciones públicas en sus relaciones con la sociedad, ya sea en sus vínculos particulares trashumantes de los generales, o en la expresión de la voluntad pública que representa. El artículo 4 de la mencionada ley señala que toda la actividad de los entes públicos debe estar orientada a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su eficiencia. Este ordinal se relaciona con el 10 ibídem, que dispone que la interpretación de la norma administrativa debe tender a garantizar el cumplimiento del fin público, para confirmar por el numeral 15 ibid, que la actuación discrecional ante la ausencia de norma expresa, es posible siempre que se ejecute dentro de los límites del ordenamiento, para lograr que su ejercicio sea *eficiente*, también se encuentra en el ordinal 16 del mismo texto normativo, que invoca las reglas de la técnica, la ciencia y los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia como límites a aquel ejercicio discrecional, para culminar con la regla general del artículo 128 de la pluricitada Ley General, que sujeta la validez del acto administrativo a su conformidad con el ordenamiento jurídico, cuya existencia está basada en el cumplimiento de los fines, porque como se señaló líneas arriba, no hay poderes sin fines previamente establecidos¹⁸.

Es en ese artículo 128 en relación con el 158 ambos de la LGAP, donde se resume el concepto de validez del acto o actuación administrativa, que sirve de parámetro de valoración general en todos los ámbitos del Derecho Público, al tenor de la jurisprudencia constitucional que ha señalado que el Libro Primero de la Ley General de la Administración Pública es de aplicación en todos los órdenes administrativos¹⁹. La inteligencia ontológica de la norma está en su propia finalidad, no en la del intérprete que pasa a ser un intermediario entre el plano puramente ideal, abstracto en que se concibe el ordenamiento y su transportación al plano físico, que apareja como resultado que para el orden jurídico resulte irrelevante la voluntad personal del agente, para centralizarse en la de la Administración entitulada para ejecutar las decisiones que la voluntad general

¹⁸ Ortiz Ortiz, op. cit, página 35.

¹⁹ En tal sentido pueden verse los votos de la Sala Constitucional números 2993-2000 de las 15:28 horas del 12 de abril de 2000 y el 5925-2000 de las 9:16 horas del 14 de julio de 2000.

puso en sus manos. Esa es la doctrina que se extrae de los ordinales 214 y 215 de la LGAP, al disponer que a través del procedimiento administrativo se asegurará el mejor cumplimiento de los fines de la Administración, y señala su obligado acatamiento cuando el acto final produzca o vaya a producir efectos en la esfera jurídica de otras personas.

De la conjugación de las dos normas finalmente apuntadas, se colige con diáfana claridad, que los canales que debe seguir la Administración no están concebidos solamente para adecuar su conducta a unas formas rituales que permitan darle un seguimiento validante, sino que la intención es que a través de ese cauce se cumplan los fines queridos por el ordenamiento, resultando imprescindible para su comprensión, la inclusión del ordinal 49 del Código Político cuando se refiere a la desviación de poder como causal de nulidad del acto administrativo; desviación que no está relacionada con la ritualidad sino con la materialidad del acto.

La Ley y el Reglamento de la Contratación Administrativa contienen señalamientos múltiples en los que el principio de eficiencia tiende a ser el elemento fundamental para el control de la actividad contractual del Estado. Señala Romero Pérez, que el Estado debe hacer una valoración de las ofertas, con el fin de mantener como elegibles el mayor número posibles de las recibidas, con el propósito de determinar la admisibilidad o elegibilidad de cada propuesta, con el fin de satisfacer el interés público perseguido por la contratación²⁰, en ese sentido es que se debe interpretar el artículo 4, al señalar que por los procedimientos de contratación administrativa se pretende la oferta que más convenga a los intereses generales y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración.

Esta segunda afirmación normativa resulta redundante porque los fines y cometidos de la Administración no pueden ser ni son otros diferentes a los intereses públicos, de manera que la oferta que más convenga a los intereses públicos es precisamente la que a su vez permitirá a la Administración cumplir sus fines, al permitir que por el principio de eficiencia se logren resultados idóneos al más bajo costo, como también fue señalado por la jurisprudencia constitucional, al identificar a la eficiencia con el precio y la calidad ²¹.

La configuración tridimensional del derecho, como hecho, valor y norma, acrecienta en el Derecho Administrativo la dimensión aplicativa del principio de eficiencia, porque en este específico campo, es el único fertilizante que puede abonar las relaciones de la Administración en su vinculación activa con el particular, donde

²⁰ Romero Pérez, op cit, página 87.

²¹ En ese sentido puede verse el voto de la Sala Constitucional número 1396-01 de las 14:57 horas del 14 de febrero de 2001.

estas formas exigidas por el ordenamiento para el cumplimiento de los fines derivan en otro componente que requiere de atención, porque carecerían de uno de los elementos intrínsecos en el Derecho, -el axiológico- si no estuviesen en función de los intereses públicos, únicos con contenido formal y material definido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 113 de la LGAP²², que nos conduce a analizar el principio frente a uno de los destinatarios de la actividad de la Administración: el usuario.

IV.- El principio de eficiencia frente al usuario de los servicios públicos

No es este el momento ni el lugar para analizar o desarrollar una doctrina del servicio público, sin embargo conviene, señalar algunas características necesarias para la introducción del tema en estudio, dada su incidencia en el tratamiento del principio de eficiencia frente al usuario.

El concepto de servicio público ha sufrido mutaciones conceptuales a lo largo de la historia. Desde DUGUIT que lo definió identificando en él toda actividad administrativa del Estado, hasta las más modernas corrientes que lo clasifican bajo un prisma de dependencia prestacional aparejado al requisito de la esencialidad, consustancial al origen y definición del Estado, cuyo núcleo duro lo encontraríamos en la imposibilidad jurídica de que sea prestado por sujetos diferentes a este. Es el denominado servicio público *inherente* al Estado que alguna doctrina señala o encasilla dentro del concepto de función pública, prestado bajo una modalidad imperial sin posibilidad de ser trasladado al sector privado²³, porque son parte de lo que normalmente se denomina funciones esenciales del Estado: administrar, legislar e impartir justicia.

Otras actividades administrativas que pueden ser prestadas en regímenes público, privado, o mixto, al tenor de los artículo 3.2 y 4 de la Ley General de la Administración Pública, no descartan la publicitación de algunos actos emanados de esas organizaciones

²² Señala esta norma que el interés público será considerado la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados

²³ Troncoso Reigada, Antonio, Privatización, Empresa Pública y Constitución, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

que facilitan servicios calificados de públicos, cuando modifiquen, extingan u otorguen derechos subjetivos o intereses legítimos en el ejercicio de potestades públicas, aún cuando el régimen jurídico aplicable al servicio sea privado²⁴.

Las vicisitudes doctrinales del servicio público no permiten calificaciones apriorísticas de la eficiencia porque habría que deslindar previamente la naturaleza de la prestación en la que se enmarca para señalarla. Las características generales del servicio público como en el caso de la educación, no permiten de entrada una calificación de resultados por ser altamente opinables, para efectos de su reclamación, no solo por la naturaleza de la prestación sino por la carencia de homogeneidad en los logros que de esta manera se presentan como intangibles e inaprensibles individualmente. Puede resultar eficiente la labor estatal para aumentar la masa estudiantil a los centros de estudios pero el sistema educativo como nervio central de los programas resulta ineficiente para retenerlos o para formarlos integralmente, por problemas estructurales, de logística, de metodología, de procedimientos o políticas institucionales²⁵.

Establecer esa diferenciación entre lo individualmente reclamable y lo generalmente deseable es necesario para disponer de reglas y medidas claras para la valoración de las actuaciones administrativas, porque no todas se pueden encasillar en una relación jurídica individual frente a la Administración aunque fuera lo anhelado. Analizar el principio de eficiencia desde la perspectiva del usuario o consumidor, constituye una variante en el ejercicio del control, ubicándose su atención frente a la responsabilidad del Estado en el tanto con la prestación deficiente u omisión prestacional se cause un perjuicio cierto, aprehensible y concreto al particular, para lo que está dispuesto el ordinal 190 de la LGAP que enmarca esas situaciones dentro del concepto de funcionamiento ilegítimo o anormal del servicio.

El inciso 8) del artículo 140 del Código Político dispone que le corresponde al Poder Ejecutivo vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Dicha norma al ser relacionada con el 191 ibídem, que pretende la regulación sistemática de las

²⁴ Es el caso de las empresas públicas del Estado, que aunque regidas por el Derecho privado, emiten actos administrativos que deben ser ventilados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²⁵ Es desde esa perspectiva que resulta opinable establecer una medida de calificación, porque las razones por las que esas situaciones negativas se presentan pueden ser muchas: la deficiente alimentación de los estudiantes para atender sus deberes escolares, las dificultades económicas de algunos para dedicarle tiempo a la lectura y a la investigación, la falta de materiales para acceder a las modernas tecnologías en algunos centros, representan deficiencias del sistema, no reclamables en forma individual sino como defectos políticos del régimen en la redistribución de la riqueza.

relaciones laborales entre el Estado y sus servidores a través de un Estatuto de Servicio Civil para garantizar la eficiencia de la Administración, permite concluir que la eficiencia se ubica en el centro del universo ordinamental aplicativo a estas situaciones jurídicas administrativas. La actuación administrativa se sitúa siempre frente a un marco jurídico de referencia en el que el parámetro estaría representado por la situación jurídica subjetiva que la genera o por la bilateralidad de la norma que alguna doctrina sostiene como nota esencial del Derecho²⁶. Esa situación jurídica que puede ser por relación o por estado (estatus) sería el elemento objetivo utilizado para determinar la capacidad del acto de producir los efectos jurídicos exigibles para dicha relación o estado, y en sentido general constituiría el parámetro de control sobre la calidad de la actuación administrativa como instrumento para completar los vacíos llamados a cubrir.

Desde esa perspectiva, la relación jurídica entre la Administración y el particular es la que diseña el modelo de actuación o acto administrativo requerido en el proceso, que a su vez permitirá determinar la corrección o incorrección de la decisión tomada. Al usuario o consumidor no se le entrega, facilita o cumple de cualquier manera sino de la forma que su especial situación así lo exige, porque dentro de una relación jurídica definida, los sujetos involucrados guardan dos posiciones diferenciadas respecto a la conducta propia²⁷; la posición del usuario -por ejemplo- no se asemeja a la del particular vinculado con la Administración por un contrato administrativo, ni tampoco hay igualdad posicional entre el funcionario que brinda atención al público obligado por una relación de servicio, en contraposición a quienes cumplen esos fines a través de una concesión.

Cada una de esas relaciones apareja efectos y consecuencias diferentes al momento de determinar la calidad y cantidad del servicio, donde se reflejaría la doble legitimidad democrática de los administradores: la de origen y la de ejercicio, porque

²⁶ Ortiz Ortiz, E., *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Stradtman, San José, 2000, páginas 184-185, citando a García Máñez, Eduardo, señala que por la bilateralidad de la norma jurídica, se hace empleo de dos juicios que se implican mutuamente, uno llamado atributivo que faculta a un sujeto hacer algo y otro llamado prescriptivo que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. De acuerdo a esta concepción la regulación efectiva de la conducta humana se da siempre bajo la forma de relaciones jurídicas entre sujetos por virtud de las cuales cuando uno tiene un derecho siempre hay otro frente a él que tiene un deber cuya función es hacer posible que el primero pueda obtener una cabal satisfacción de sus pretensiones, porque un derecho sin un obligado o un deber sin un derecho habiente, son jurídicamente inconcebibles.

²⁷ Desde esta perspectiva se debe señalar que incluso aquellas decisiones emanadas del Estado con efectos generales deben guardar el papel asignado a cada sujeto. Así en la administración de justicia el Estado ejecuta un papel de tercero compondor que igualmente requiere de una metodología eficiente para cumplir con los objetivos arbitrales asignados, midiéndose esa eficiencia a partir de la capacidad de los procesos instaurados para otorgar justicia pronta y cumplida.

la primera justifica el poder y la segunda su materialización, que inexcusablemente debe ser bien ejecutada como requerimiento para sostener a la primera, porque como señalara Martínez Marín, en puridad, el mayor o menor número de servicios públicos, su distribución competencial entre las múltiples Administraciones públicas e incluso, su óptima o deficiente prestación no altera de manera fundamental el discurso doctrinal. Haya más o menos servicios públicos, sean gestionados de manera pública, privada o mixta, establecidos y organizados de un modo u otro, su buen funcionamiento es obligado y lo es porque es un deber-derecho²⁸.

En síntesis parcial se dice que el principio de eficiencia siempre estará presente en las relaciones generales o individuales nacidas por las situaciones jurídicas administrativas, sean estas subjetivas u objetivas, porque ante la presencia del supuesto de hecho, la norma dispone las conductas procedentes²⁹ independientemente de que se ejerciten. Frente a los usuarios o consumidores, el principio de eficiencia adquiere arraigo constitucional a partir de la reforma al artículo 46 del Código Político, que atiende y garantiza el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, ambiente, seguridad, e intereses económicos, abarcando todas las posibilidades prestacionales, sean estas servicios públicos, privados o mixtos, y facilitando la calificación del ejercicio administrativo según sea su procedencia.

La eficiencia es un principio jurídico con relevancia práctica en la fiscalización de la actividad administrativa, aunque no hay coincidencia doctrinal en cuanto a esa cualificación, como se desprende de la posiciones externadas por Rojas Chaves y Garrido Falla³⁰, quienes consideran que las malformaciones del quehacer administrativo solamente servirían para calificar la gestión administrativa como mala pero sin consecuencias accesorias; sin embargo, esa tesis tampoco es única porque

²⁸ Martínez Marín, A., El buen funcionamiento de los servicios públicos, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 13

²⁹ Ortiz Ortiz, E., Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, op. cit., páginas 183-184 . Señala este autor que la diferente entre las relaciones jurídicas subjetivas y objetivas radica en que las primeras se refieren a la situación de un determinado sujeto –público o privado- con respecto a una norma jurídica, que lo habilita para hacer, le impide hacer o le concede un derecho, los que puede ejercitar frente a los demás. En el caso de las situaciones jurídicas objetivas, se refiere a la cualidad jurídica que determina la norma frente a situaciones de hecho predeterminadas ante cuya presencia se dan los supuestos aplicativos reservados a esa cualidad.. La norma jurídica dispone que se tiene derecho a la jubilación al cumplir los sesenta años, objetivamente se adquiere ese derecho al tener esa edad. La norma jurídica dispone que los padres tienen ciertos deberes frente a los hijos. Esos deberes se adquieren por el simple hecho de ser padre, y son independientes a que se ejerciten o no.

³⁰ Rojas Chaves, Magda Inés, La eficiencia administrativa y la protección de los habitantes, Derecho Constitucional y Administrativo, Instituto de investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001, páginas 248 y ss; Garrido Falla, Fernando, Comentarios a la Constitución, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

otros autores como Parejo Alfonso, señalan que la eficiencia es un mandato para la Administración obligada a actuar acorde con él³¹, lo que implicaría que al ser una obligación podría ser individualmente exigible.

A nuestro modo de interpretar esas manifestaciones doctrinarias contrarias al encuadre de la eficiencia como principio jurídico, es que se desarrollan desde una visión general del ordenamiento y las teorías de la administración, propuestas de una forma donde la prestación de servicios eficiente no pasa de ser una sugerencia pero que no se impone como una obligación-deber jurídico de la Administración ante cuya omisión podría surgir la reclamación individual, mientras que la tesis que la incorpora como un componente más de la legalidad, la instituye en un mandato del ordenamiento que legitima para su reclamación particular frente a una actuación u omisión concretas ajena o contraria al deber jurídico de actuar, pero de actuar bien, integrando los parámetros de control en la confrontación y valoración de su regularidad.

Para una mejor comprensión de esta dialéctica doctrinal, el discurso debe incluir el razonamiento positivista kelseniano, porque la eficiencia administrativa entendida desde la visión del autor austriaco, carecería de valores al prevalecer sobre estos el texto de la norma de Derecho, lo que contrariaría otros bienes superiores de la persona como son los derechos humanos, comprensivos también de los derechos públicos subjetivos o derechos fundamentales, porque la actuación administrativa puede ser muy eficiente en el contexto puro de la norma, en el cumplimiento ritual de los requisitos formales del mandato positivo contenido en ella, pero carecería de legitimidad democrática por la violación de aquellos valores supranormativos³².

La autora citada distingue entre la eficiencia como derecho -en atención a su naturaleza ontológica-y los efectos que el comportamiento ineficiente produce, -desde la perspectiva transformadora deontológicamente considerada- cuya conclusión lógico sistemática es que de no existir como derecho individualizado, solamente cabría

³¹ Parejo Alfonso, Luciano, La eficacia como principio de la actuación de la Administración, citado por Rojas Chaves, M., op. cit, página 250.

³² La valoración de la eficiencia debe hacerse no solamente frente al marco normativo general sino adicionalmente con incorporación de los valores que sin coacción y espontáneamente se consideran propios de la persona. Se rechaza por lo tanto una actuación eficiente que se contraponga a valores que están por encima de la norma pura. Un soldado puede ser muy eficiente aniquilando enemigos, y será más eficiente cuantos más enemigos mueran, pero esa acción no puede legitimar el acto por el simple cumplimiento de la norma porque su legitimidad deriva de su armonización con los demás valores sustanciales para su legitimidad. Esa es una de las razones por las que el positivismo de Kelsen, no logra arropar todas las situaciones reales dentro del espectro natural de la convivencia humana.

exigirla frente a daños concretos que sean directamente imputables a la actividad mal ejecutada³³. El desenlace doctrinal es cierto mientras se mida ante a una situación general en relación con los objetivos institucionales o administrativos a modo de examen colectivo, el que por principio excluye la posibilidad de exigirla a título de obligación puntual, ante la carencia de instrumentos procedimentales y procesales para reclamarla con la sanción correlativa ante su omisión, sino que esta tiende a ser mensurada a partir de las metas, objetivos o procedimientos políticamente impuestos o predeterminados como herramienta de medición general sin la contrapuesta valoración individual a partir de la productividad requerida por el principio.

La eficiencia debe ser considerada como un elemento estructural del acto administrativo de cualquier conducta pública en general y como tal, analizarse integralmente para determinar su validez sustancial con el ordenamiento jurídico tratándose de una ejecución individualizada de la prestación. Sin embargo, en sentido contrario, alguna autora parece descartar la eficiencia como un principio general del Derecho o particular del Derecho Administrativo que pueda ser demandado de manera puntual y concreta en el devenir de la actividad administrativa concreta e individualizada, a pesar de que la Ley General expresamente lo incorpora como tal. Independientemente de su reconocimiento doctrinal como principio, no puede perderse de vista que se encuentra incardinada en otros principios constitucionalmente reconocidos, que carecerían de sentido deontológico si no se conjugan con las exigencias de la Administración, amén de la abundante jurisprudencia constitucional que expresamente así la denominan³⁴.

Los principios de la buena fe, la proporcionalidad, la razonabilidad si bien no son sinónimos de eficiencia en su acepción gramatical, con ocasión de su traslado al plano físico, toman su forma, porque de otra manera adolecerían de un vacío jurídicamente insostenible por contradictorio. Si por principio la Administración solamente puede cumplir los fines queridos por el ordenamiento y este igualmente por principio, tiene fines lícitos y acordes a los valores inmersos en la ideología constitucional, no habría un acto jurídicamente razonable que no tienda a satisfacer esos fines exigidos por la norma, pues para su razonabilidad material no podrá prescindir de las mejores condiciones de tiempo, esfuerzo y recursos.

³³ Rojas Chaves, op. cit, página 252.

³⁴ Entre muchos, pueden verse los votos 752-93 de las 16:18 horas del 15 de febrero, el 7419-97 de las 10:15 horas del 11 de noviembre, el 3872-00 de las 10:57 horas del 9 de mayo y el 1396-01 de las 16:57 horas del 14 de febrero.

El control de la juridicidad del acto o actuación administrativa así como la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico, sobre la base única de la ley, sino que la revisión de la manifestación de la voluntad administrativa debe ser con un criterio amplio de adecuación a la unidad del orden jurídico en toda su dimensión³⁵.

V.- La eficiencia en las relaciones individuales

El Estado democrático no se agota en el modelo político ideológico, porque la democracia como término lingüístico no queda delimitada al gobierno de las mayorías con respeto a las minorías o por el gobierno de las leyes. El Estado democrático encierra otros componentes que inciden en sus relaciones con los particulares con ocasión de la ejecución de sus funciones esenciales y frente a los destinatarios que las reclaman. Alguna doctrina con buen tino hace la diferencia conceptual entre deberes y obligaciones, señalando que los primeros son una consideración de índole moral que pueden por virtud de la ley, convertirse en un compromiso jurídico, mientras que la obligación tiende a configurarse más frente a una relación recíproca entre sujetos ante cuya omisión se presenta el conflicto de intereses³⁶. El deber así definido se identifica más como una exigencia que como un gravamen a lo interno del sujeto tendiente al mantenimiento de las buenas relaciones sociales ante cuya falta deviene la sanción.

Es decir, no es su naturaleza intrínseca lo que determina su exigencia sino los efectos que su incumplimiento produce en la esfera jurídica de terceros; es una vinculación genérica de todos frente a todos sin especial identificación con un determinado sujeto. La obligación por el contrario, hace a una relación debidamente identificada entre dos o más sujetos en las que se puntualizan las condiciones recíprocas que servirán como parámetro de medición de los efectos y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. Esas diferencias de los conceptos reseñados no se mutan frente a una Administración con deberes genéricos objetivados en obligaciones específicas dada la doble dimensión ontológica y deontológica del Estado³⁷.

³⁵ Sesin, Domingo Juan, Acto administrativo... op. Cit., página 153.

³⁶ González Camacho, Óscar, La justicia administrativa, tomo II, Instituto de investigaciones jurídicas, San José, 2002, páginas 44 y siguientes.

De esta manera, el principio general de eficiencia es una servidumbre constante y mantenida de la Administración frente a sus deberes públicos y sus correlativas obligaciones particulares, donde no sobra señalar, constituyen especies del género³⁸. Ese panorama aplicativo apareja otro problema de cierta complejidad explicativa, porque para algunos autores la incorporación de la eficiencia como parámetro de control de la actuación administrativa debe darse a partir de una connotación jurídica, es decir, a partir de su composición como principio general del Derecho, definido como aquel que articula y anima el ordenamiento en su conjunto, el que resulta y condensa los grandes valores materiales que constituyen su substratum; o bien, catalogarla -la eficiencia- como principio específico del Derecho Administrativo como proposición fundamental sectorial que lo informa; como soporte del ordenamiento que funda con pautas directivas de formación jurídica que pueden justificar soluciones jurídicas³⁹, y al no reconocerle esos títulos que ostentan los principios generales del Derecho o particularmente del Derecho Administrativo, no podría ser modelo para el control de la regularidad de la manifestación del poder administrativo.

Se disiente de tan respetable posición doctrinal, pues consideramos que toda actuación administrativa está dirigida a satisfacer un fin público predefinido política y normativamente, cuyo fundamento es el origen de toda competencia pública y esos poderes-deberes se transforman frente al ciudadano en obligaciones para la prestación de servicios y actuaciones eficientes. Caracterizar la eficiencia como un concepto

³⁷ Se rescata que la configuración del Estado obedece a fines específicos que no varían en el tiempo ni en el espacio en cuanto a su connotación abstracta, es decir, considerados en sí mismos: los fines públicos. Sin embargo es deber del Estado hacer los esfuerzos necesarios para que esos fines públicos, se mantengan en un orden ascendente en cuanto a su calidad en aras de darle mejores instrumentos materiales y espirituales a los ciudadanos para mejorar su calidad de vida, cuyo significado en el plano jurídico administrativo no es otra cosa más que un deber ser.

³⁸ Atendiendo una doctrina constante, es fácilmente entendible que inicialmente las vinculaciones de la Administración tiene la naturaleza jurídica de un "deber" porque no está predispuesta para satisfacer necesidades individuales sino generales que se proyectan en la requisición particular, sin que por ello se modifique su esencia. En ese sentido el deber general en el Derecho Administrativo es lo que el profesor Ortiz Ortiz, E., Tesis de Derecho Administrativo, op. Cit, denomina situaciones jurídicas objetivas, porque la norma dispone una caracterización genérica al momento de que se cumplan los presupuestos de hecho, sin que esa situación particularizada, cumplida o incumplida modifique el contenido esencial de la situación regulada. De esta manera el deber genérico de brindar servicios de asistencia médico sanitario a la población existe para la Administración independientemente de que el administrado acuda a ellos, pero en el momento en que lo haga, nace la obligación individual de prestarlo y de prestarlo bien.

³⁹ Rojas Chaves M, op. cit., páginas 250-251. Para la autora, el concepto de eficiencia atañe más a la organización administrativa que a la actuación concreta nacida con posterioridad a esa organización. Señala entonces que el señalamiento del artículo 191 de la Constitución Política, tiene como objetivo señalar que la eficiencia está referida a la organización, como principio de esa organización. En ese enfoque se pierde de vista a mi modo de ver, que la eficiente de la organización debe necesaria e ineludiblemente terminar en la eficiente prestación del servicio.

metajurídico asimilable a las reglas de la lógica o conveniencia señaladas en el artículo 16.1 de la LGAP, no disminuye su valoración aplicativa, no empece esa metajuridicidad con la que algunos la envuelven⁴⁰.

La conclusión de la jurisprudencia constitucional mencionada por la cita autoral⁴¹, en el sentido de que no es posible lograr la eficiencia fuera del marco de la legalidad y que ante un conflicto entre eficiencia y legalidad se impone esta última, no contradice nuestra posición sino que la confirma, al abogar por la eficiencia como parte de la globalidad conceptual del principio de legalidad que no se agota en el texto de la norma, como tantas veces se ha señalado sino que encierra las normas no escritas del ordenamiento, pero ampliamente reconocidas en su aplicación, sin que la Administración agote sus obligaciones finalistas con la emisión del acto o la ejecución material, sino que cualquiera de los dos comportamientos se ajustaría a los requerimientos normativos cuando efectivamente cumplen los fines perseguidos, porque en este supuesto la valoración de la eficiencia debe darse dentro del marco de la legalidad y no de la discrecionalidad, para cuyos efectos tendríamos el artículo 16.2 de la LGAP en el que claramente el legislador dispuso que los elementos de libre determinación, se transforman en parámetros jurídicos como si se ejerciera contralor de legalidad.

A nuestro modo de ver el diferendo, atribuirle a la eficiencia efectos jurídicos no debe enfocarse en su naturaleza principista sino a partir del examen puntual de cada uno de los fines de la Administración, para lo que resulta útil señalar que la Administración debe manejarse por objetivos que deben estar previamente determinados con metodologías para su verificación⁴², porque dichos objetivos están definidos políticamente e identificados en la ley atributiva de la competencia institucional; de lo expuesto, resulta ilustrativo el texto del artículo 45 de la Carta Política, al establecer una competencia expropiatoria general en favor de la Administración Pública cuyo requisito esencial es la presencia real de una necesidad pública que debe ser satisfecha; a lo que sigue señalar que no es cualquier inmueble el objeto de una expropiación sino el que mejor se adapte las condiciones técnicas de idoneidad

⁴⁰ El artículo 16.1 de la LGAP dispone: “En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”.

⁴¹ Voto 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

⁴² Rojas Chaves, M., op.cit., página 243 y siguientes y posteriormente en la 259 y siguientes.

para el cumplimiento de los objetivos propuestos y establecidos por la ley, siendo contrario al Derecho que el Estado expropie un inmueble sin aquellas condiciones técnicas y de razonabilidad para satisfacer el fin propuesto frente a la existencia de otros en condiciones de albergar las obras civiles requeridas para la comunidad; como tampoco resultaría legítimo expropiar una finca urbana sin vocación agrícola para establecer parcelas dedicadas a la producción agropecuaria.

Estas patologías administrativas consolidan la ineficiencia por participar de lo que el numeral 16 de la Ley General denomina actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, la lógica y la conveniencia, adjetivos que podrían ampliarse con los principios de razonabilidad técnica y proporcionalidad económica que ante los ejemplos ofrecidos estarían lejos de su dimensión natural para concluir en su globalidad interpretativa como actuación administrativa ineficiente, siendo su consecuencia inmediata -al menos en buena lógica debería serlo- la declaratoria de ilegalidad del acto expropiatorio.

Frente a estas desviaciones administrativas, la eficiencia sería el elemento que inclinaría la balanza de un acto aparentemente correcto pero que como lo señalara Vedel, es contrario al interés público, porque al estar compuesto de diversos intereses particulares, debería identificarse en cada caso, desde las perspectivas cuantitativa y cualitativa, pues desde una dimensión numérica, estamos frente a una valoración por el mayor número de individuos involucrados, mientras que por la segunda, estaríamos frente a una ponderación axiológica, porque aún cuando el interés sea el de una minoría, por su valor humano se consideraría superior o semejante a los intereses de la mayoría⁴³. La apreciación cualitativa o cuantitativa de ese interés público solamente podrá verificarse en la actuación concreta y frente a un interés particular que no por ello deja de ser público.

En este punto resulta muy ilustrativo el ejemplo de Bquera Oliver, al señalar las diferencias axiológicas incardinadas en los intereses cuantitativo y cualitativo, como en el caso de la expropiación de una finca para la construcción de una carretera que servirá a una mayoría frente a la minoría del propietario y como interés cualificado, se señala el caso de la institución pública dedicada a la sanidad de las personas enfermas

⁴³ Vedel, George, Droit Administratif, PUF, Col, Thémis, París, 7º edición, 1980, página 414.

y sin recursos, quienes aunque sean un grupo minoritario frente a la gran masa poblacional, la salud de los menos es un valor superior al del dinero que la mayoría dedica a mantener a esa institución⁴⁴.

Igualmente interesante para este tópico, es el magnífico ejemplo que nos facilita el artículo 2 de la Ley de Expropiaciones, que subraya una remisión general a la Ley de la Contratación Administrativa, salvo que los estudios técnicos determinen los bienes o los derechos por adquirir... que en buen romance significaría el reconocimiento de la especialidad frente a la generalidad, porque la contraria interpretación de ese mandato no solo contiene vicios de legalidad expresa sino también en el plano físico por la ineficiencia resultante de su irrazonabilidad frente al fin predeterminado por la norma, que obligaría a su desaparición jurídica.

Forsthof⁴⁵ asignó al acto administrativo una función heurística y metodológica determinada por el fin que debe cumplir en el marco del sistema jurídico administrativo, como expresión de la función pública de la Administración, y advierte que la elección se debe fundar en la experiencia no como un concepto apriorístico que pudiera inferirse de consideraciones abstractas, a lo que Gordillo le agrega y atribuye a la teoría y al régimen, la finalidad de garantizar los derechos de los administrados⁴⁶, confirmando Cassagne y Comadira que los actos administrativos deben comprenderse en un régimen jurídico homogéneo que coordine la relación bipolar autoridad-libertad; interés público-interés privado, caracterizante de la relación jurídica administrativa, y preservando la protección de los derechos y el ejercicio legítimo de las prerrogativas públicas⁴⁷.

Separar la eficiencia de la juridicidad del acto, que a su vez integra el orden legal al que está sometido la Administración sería una ampliación disfrazada del ejercicio discrecional de la actividad administrativa cuanto la Administración estaría desligada de las reglas de cumplimiento de los fines impuestos por el ordenamiento, sino solamente de *intentarlo*, sin sujeción a ninguna responsabilidad ante el fracaso; frente

⁴⁴ Boquera Oliver, José María, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 7ª edición actualizada, 1989, página 82. Incluso, para el ejemplo del autor, la eficiencia exigida en el tratamiento de los enfermos pobres puede ser reclamada desde dos bandos: el del contribuyente que sostiene con sus impuestos a la institución regente, y el del ciudadano que hace uso de los servicios de asistencia sanitaria como usuario intitulado.

⁴⁵ Forsthof, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, página 279 y siguientes.

⁴⁶ Gordillo, Agustín, op.cit.

⁴⁷ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, vol II, Cap. 11, Comadira, Julio Rodolfo, *Acto Administrativo municipal*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1992.

a ello, la eficiencia constituye la instauración de unos procedimientos para asegurar los logros a los que debe abocarse el Estado para la correcta y sana administración de los recursos públicos con pleno respeto para los derechos subjetivos de los particulares, y en esa medida, los jueces o cualquier otro operador jurídico obligado a fiscalizar la actividad administrativa debe hacer eco de su existencia para valorar objetivamente hasta donde el acto o actuación administrativa cumplen o cumplirán los fines queridos y buscados por el ordenamiento.

ÉTICA Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA



2

ÉTICA Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Desde el título se puede señalar que el tema es polémico en virtud de la naturaleza indeterminada de los conceptos aplicados con excepción de los acercamientos más cercanos al orden filosófico que cada individuo está en capacidad de aprehender a partir de un conocimiento empírico derivado del uso consante de los términos en el lenguaje común. Esta polémica desde la perspectiva estrictamente jurídica se diluye en sus contornos lingüísticos para constituirse en una verdadera discusión teórica de su tratamiento normativo, pues se entrecruzan las líneas de las construcciones semánticas en los entornos sociales de aplicabilidad de esos términos por el hecho de que aún cuando muchos pueden coincidir en su determinación lexicográfica, pocos coincidirán en su valoración aplicativa.

La ética y la transparencia más que conceptos jurídicos son manifestaciones sociológicas, cuyo bautizo en el espectro jurídico devino por el acaecimiento de eventos políticos cuya extraordinariedad produjo el repudio y la consternación en los miembros de la colectividad. Esa forma cuasiviolenta de introducirse en el ordenamiento jurídico se convirtió de inmediateo en un obstáculo para la ecuanimidad legislativa tendiente a darles un tratamiento pausado y refinado, aparejando como consecuencia, una inutilidad de sus contenidos para satisfacer la finalidad de su objeto.

La regulación adecuada de la ética y de la transparencia como conductas humanas trasciende su espiritualidad y emocionalidad para ubicarse en el plano estrictamente normativo; esto es, con una definición de la conducta frente a un determinado supuesto de hecho, pero a su vez -y por la misma condición etérea de su contenido- se dificulta una aplicación generalizada e igualitaria de los conceptos (no de la conducta material) que permita razonablemente incorporar las mismas conductas bajo los mismos cánones normativos, al punto que ni siquiera los operadores jurídicos dentro de un único colectivo social -no ya en sociedades lejanas cuyas diferencias culturales justificarían la asimetría conceptual- se ponen de acuerdo para determinar lo que es ético aun cuando su deber es

justamente fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios; más grave aun, los contralores de una misma unidad fiscalizadora difieren entre sí de las conductas que puedan tipificar comportamientos antiéticos susceptibles de ser perseguibles, de ahí que la definición de los conceptos depende de la percepción política e histórica, porque según sea el punto espacial y temporal en que se desarrollan, serán más o menos rigurosas e incluso hasta pueden llegar a ser desatendidas.

La figura central de la ética y la transparencia en el contexto de un ordenamiento jurídico debe ubicarse en sus objetivos como puntos medulares para definirlos y construirlas de tal manera que sean apropiables en toda circunstancia para su aplicación. Solo con una bien elaborada estructura conceptual los términos trascenderán las meras manifestaciones líricas de un lenguaje que tiende a la floritura sin substancia, ante todo en un área donde el procedimiento sancionatorio es más riguroso que el valor otorgado a la transgresión, con lo cual se torna en un muro de contención favorable para el transgresor; incluso, podría pensarse que la inexactitud de la regulación normativa de la ética y la transparencia en el ordenamiento jurídico costarricense fue introcida dolosamente ambigua, si se considera que los destinatarios son los funcionarios responsables de administrar los recursos públicos, condición extendida a los legisladores, lo que se agrava con el hecho de que en el modelo costarricense, el acceso a los puestos públicos de mayor jerarquía en los poderes del Estado y en la Administración descentralizada deviene por las cercanías políticas con ajenidad a las capacidades cognoscitivas de los postulantes, de donde la estructura política-administrativa ha sido tomada por los mismos sujetos que legislan a través de un círculo vicioso y dañino para la democracia por el los traslados de un puesto público a otro es la regla, cuya lógica consecuencia es una legislación laxa ante el temor de que en algún momento puede serle aplicada.

La lengua al igual que los seres vivos y las sociedades, es dinámica, se transforma, se modifica y con el devenir de los tiempos, se le incorporan nuevos términos y definiciones derivadas -a su vez- del texto y contexto donde se originan. Algunas de esas novedades lingüísticas pueden encuadrarse en los regionalismos, que a su vez tienden a identificarse como tales para evitar la confusión definitoria; otras, tienen una connotación universal cuya diferencia es solamente el matiz, pues básicamente remiten al mismo concepto, pero su mayor o menor integración en el inconsciente colectivo deviene de las diferencias culturales de los contextos aplicativos.

De esta manera, la frase *trabajar mucho* tiene diferente significado para un japonés en relación con un latino; para el segundo es hacerlo por escasas ocho horas -aunque

sea solo el periodo legal- para el primero es hacerlo hasta terminar lo que se propuso; la definición de responsabilidad para un funcionario público de un país nórdico no es la misma que para el funcionario latino: el primero la asume, el segundo la traslada. Esas vicisitudes en el campo lingüístico aparejan como lógico corolario que las distintas legislaciones, aun cuando utilicen las mismas palabras, se remiten a realidades distintas, sino bien en su definición ontológica, sí en su percepción social.

En el contexto del ordenamiento jurídico de la contratación administrativa, la ética y la transparencia son simples alocuciones sin contenido material asequible para su fiscalización y control, ante todo si -como se señaló anteriormente- los operadores jurídicos de una misma unidad fiscalizadora carecen de la suficiente claridad para establecer una definición uniformada para su esfera de acción. En la Contraloría General de la República -cuyo edificio piramidal parece fotografiar sus criterios fiscalizadores; a saber: cuanto más altos, más estrechos- la confusión conceptual sobre los componentes éticos se ha transmitido a los órdenes político, jurídico y administrativo, los que ante la vacilación de las fórmulas calificadoras de las conductas funcionariales han perdido el rubor y el temor para actuar a su contrapelo, principalmente en los componentes de la contratación pública: cartel, oferta, precio, adjudicación, recursos; con impedimento hacia la claridad necesaria e inmanente a la actividad contralora para calificar o descalificar contratos cuando se han violentado los principios de la ética y la transparencia.

Resulta más fácil bajo ese prisma, trasladar la responsabilidad a otras organizaciones -Ministerio Público por ejemplo- que asumirla para ejecutar lo que la ley ordena que se ejecute, o peor aún, cuando ante una situación muy particular que es objeto de la fiscalización superior se acude a la ceguera temporal como respuesta temerosa pero ilegítima por la jerarquía de los participantes, manera que cuanto más elevada sea la figura pública envuelta en el conflicto de intereses, más estrecho es el criterio de valoración y más anchas las salidas.

En el control de la ética y la transparencia en el sector público, invariablemente han sido más efectivas las acciones de los medios de comunicación cuyas investigaciones han facilitado el descubrimiento de actividades irregulares en el manejo de los recursos públicos que la de los órganos públicos legalmente responsables de su control, cuya inercia en algunos casos e ineficacia en otros, o la complacencia y complicidad omisiva o activa en los menos, es una abdicación de sus deberes públicos y obligaciones particulares, al dejar que cada organización resuelva su situación jurídica como pueda, lo que destruye cada vez más y a pasos agigantados el Estado de Derecho.

Desde 1992, el Comité jurídico de la Organización de Estados Americanos⁴⁸ advertía sobre la importancia de encarar los problemas de Derecho derivados de la corrupción, ante lo cual recomendó en la sesión de abril de 1994 un proyecto con pautas generales para elaborar una legislación interna, que se amplió con una propuesta chilena sobre probidad y ética cívica de los que finalmente brotó la resolución número 1294 del 10 de junio de 1994 por la que se decidió instruir al Consejo Permanente establecer un grupo de trabajo en la materia, presidido por el chileno Edmundo Vargas Carreño con el objetivo de recopilar y analizar las legislaciones nacionales vigentes en la materia de ética pública, junto con sus experiencias de control y fiscalización para generar un inventario de los delitos relacionados con la transgresión a la ética pública, que terminara finalmente en un elaborado documento de recomendaciones de mecanismos jurídicos para controlar el problema de corrupción con pleno respeto a la soberanía de los Estados miembros.

Precisamente, en ese lenguaje ambiguo e insulso está el problema mayor para el control y fiscalización de las conductas contrarias a los principios básicos del ejercicio de la función pública, porque *recomendar mecanismos jurídicos para controlar el problema* tiene la misma fuerza coercitiva que *aconsejar*; es decir, ninguna; a lo que suma la prevalencia de la soberanía estatal para la imposición de medidas, pues cada Estado con sus vicios políticos regulará conforme a las recomendaciones recibidas y en atención a los intereses de los grupos de poder. En otros términos lingüísticos, estamos frente a una teoría de la nada, en tanto que cada Estado queda libremente autorizado para regular el problema de la corrupción como antropológicamente considere apropiado; lo que facilita dejar intactas ciertas costumbres funcionariales propias de la sociedad a la que están destinadas las normas.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, adoptada en el marco de la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana Contra la Corrupción, realizada en la Ciudad de Caracas, Venezuela el 29 de marzo de 1996, entró en vigor el 6 de marzo de 1997⁴⁹, casi al año de haber sido adoptada, como cuerpo jurídico estructura y trascendental en la lucha internacional contra la corrupción, que ha mantenido un paso galopante en América Latina sin visos que la hacen materialmente

⁴⁸ Manfroni, Carlos, La convención Interamericana contra la Corrupción, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

⁴⁹ Ibid.

indetenible, por la cada vez más mayor sofisticación con la que se persiguen objetivos bastardos que conllevan, a lo interno de cada Estado, a la violación de las normas más elementales de la conducta política, considerada esta actividad -la política- como las acciones humanas al servicio de fines públicos.

Esta convención es un instrumento que establece los medios de cooperación en la lucha internacional contra ese flagelo que se presenta como un fenómeno de múltiples facetas, cuyo combate involucra acciones tanto a lo interno como a lo externo de los Estados; en razón del fenómeno de la mundialización de las actividades productivas. Sin embargo, lo primero que se debe resaltar de la Convención es la omisión imperdonable de las definiciones de corrupción, ética o transparencia, limitándose a identificar la figura del funcionario público, de la función pública como actividad y de los bienes público, dejando al descubierto un amplísimo espacio para introducir -o dejar de hacerlo- fórmulas que facilitan la comisión de conductas reprimibles pero no sancionables. Adicionalmente, en razón de que el artículo 7 de la Constitución Política de Costa Rica establece que los tratados y convenios internacionales tienen fuerza superior a las leyes internas, cualquier definición proveniente del legislador quedaría sujeta a su conformidad con la convención de marras, bajo sanción de su inconstitucionalidad, cuya consecuencia inmediata es la omisión legislativa voluntaria, por conveniencia o por temor.

Esa omisión lexicográfica de los componentes esenciales en la lucha contra la corrupción; a saber: la ética y la transparencia, que en apariencia se podría imputar a la ingenuidad o a la carencia intelectual y creativa de los integrantes del foro internacional, se debe pasar por el tamiz de la desconfianza; pues finalmente, los integrantes de dichas instancias transnacionales son a su vez funcionarios de los Estados representados en ellas, potenciales y directos destinatarios de las normas a las que se hace referencia. Al seguir con el decreto popular del *piensa mal y acertarás* es conclusión obligatoria señalar que las manifestaciones normativas tendientes a regular la corrupción están delimitada a ámbitos menores del quehacer del Estado, toda vez que la dirigida a su control, fiscalización y sanción es muy prosaica, de bajo nivel y de escasos perfiles.

En nombre de la ética se podrían justificar acciones que están en la lejanía de su contenido filosófico, como el caso de un presidente que decide ir a la guerra contra un país violador de los derechos humanos con la motivación es la de defender la libertad y los derechos humanos, cuando lo que realmente subyace en su decisión es asegurarse y asegurarle a las empresas propias o las de sus allegados, la explotación de los recursos

naturales del país atacado y, finalmente, vencido; cómo tipificar esa acción como corrupta por violación a los principios de la ética y la transparencia, cuando ninguno de los dos goza de una mediana definición para calificarla.

La historia ha demostrado en demasía que los foros internacionales integrados por organizaciones estatales, son instancias inservibles para las luchas reivindicativas de los derechos de las personas donde, por el contrario, su finalidad subyacente pero invisible, es la de generar y mantener estratos de poder alimentados de un buena dosis de ignorancia y de esperanza cuyos réditos sin excepción, siempre serán exclusivos y excluyentes en favor de los que aparentan defender los más sagrados derechos de la persona: la vida, la libertad y la propiedad.

Esta disertación sobre la ética y la transparencia en la contratación administrativa está lejos de ser un manual de estudio académico en los términos consuetudinarios con los que se analizan las normas relacionadas; propósito que estaría mejor desarrollado por los juristas dedicados a encontrarles los recovecos gramaticales a las normas de la materia, sin demeritar esa actividad intelectual, que de suyo es fundamental para el desarrollo, dinamismo y mejoramiento constante del Derecho. Todo lo contrario, la finalidad del documento es señalar las banalidades legislativas en la regulación, que consumieron miles de horas-legislador y millones de colones del Erario en el peor pero el más realista escenario político en que se desenvuelve el proceso legislativo, sin llegar a un resultado que medianamente valga la pena mencionar.

En este específico aspecto, resulta de rigor destacar que en muchas circunstancias, el nivel intelectual de la Cámara legislativa impide producir legislación socialmente aceptable y jurídicamente consumible, a lo que se suma la conjugación en una misma entidad el político-funcionario-empresario-beneficiario, aquilatado por el continuo desprecio a los requerimientos básicos de la ética en el ejercicio funcional. En otras palabras, mientras los estamentos políticos estén atrapados en el círculo vicioso de partido político-poder político, cualquier intento por socavar los males de la corrupción será una lucha de los Davides frente a los Goliats, sin la romántica conclusión del hecho bíblico, porque los goliats de la política, además de su tamaño, tienen en el camaleonismo otro elemento a su favor⁵⁰ ; esas acciones

⁵⁰ El 13 de marzo de 2017 se publicó en el Diario La Extra, con posterior reiteración de los jefes del Ministerio de Hacienda, la pérdida de 12 mil expedientes que estaban en cobro judicial sobre contribuyentes que estaban siendo auditados para cobrarles tributos por una suma equivalente a 50 millones de colones.

cuasi delictivas por los efectos negativos en los servicios públicos tienen distintas vestiduras en la contratación administrativa, como la contratación de bienes y servicios innecesarios, carentes de motivo, motivación y fin público razonablemente aceptables, pero sobreesidos por un control deficiente cuando no inexistente⁵¹.

Para quienes quieran ver, lo único que tienen que hacer es abrir los ojos, para los demás, lo único que podemos ofrecerles es una almohada y un suave colchón donde puedan seguir disfrutando de los ensueños de una sociedad límpida, pura e inocente, donde los gatos comparten sus alimentos con los ratones. La finalidad de este trabajo no es ofrecer lecciones de virtud, porque escapa a la posibilidad de cualquiera, porque es ajeno, de verdad, ajeno a los que por naturaleza y vocación asumieron la tarea de encaminar y enderezar los caminos de los que finalmente dedicaron sus esfuerzos en procurar la satisfacción de las necesidades de terceros; el artículo simplemente intenta demostrar las falencias del ordenamiento jurídico, para dejar sentado que este -por sí solo- es incapaz de dotar a las sociedades de armas adecuadas para atacar una enfermedad endémica, cuyos orígenes al igual que sus vacunas están fuera del campo del Derecho; porque, contrario a lo que se pretende, este -el Derecho- se ha convertido en la excusa perfecta para quienes con normas o sin ellas, procuran satisfacer intereses ajenos a los de la colectividad, de ahí la necesidad de aclarar que muy lejos estamos de ofrecer soluciones moralistas a la patología comentada, sino simplemente evidenciar la incapacidad -o conveniencia del legislador- de dejar al descubierto muchos espacios -demasiados para el buen observador- por los que se escapan las buenas intenciones.

Hay evidentemente, una dificultad operativa a la que se enfrentan los fiscalizadores de la materia ante la integración de los conceptos éticos con elementos que trascienden el plano jurídico para ingresar en el subjetivismo conductual, porque la individualidad en la interiorización de los principios morales bajo los que opera la persona, apareja como consecuencia una visión personalizada de lo bueno y lo malo; una valoración que siempre tendrá como punto de arranque la experiencia de vida del actor. Significa lo anterior que a contrapelo de que la norma mantenga la misma estructura lingüística para todos

⁵¹ En plena discusión de un proyecto de ley eufemísticamente denominado Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, sale a la luz pública una contratación de una universidad pública, para construir una plaza y otras obras de escaso o nulo interés público, por el orden de 14 millones de dólares que serán cubiertos con dineros públicos pagados por los contribuyentes.

por igual, su interpretación extensiva a las conductas que regula será más o menos gravosa en función de esa muy particular visión que maneje cada operador.

Sustraer bienes de terceros es una conducta clara y precisa, un acoso sexual o laboral requiere un análisis más de los contornos que de la conducta como tal; desviar fondos públicos hacia fines privados es una acción concreta; descalificar una oferta por considerar más importante la experiencia del oferente que el precio es una decisión acompañada de terceras valoraciones que refunden la acción inicial de *rechazo* con la justificación de la adjudicación.

La conclusión simple a la que se arriba es de naturaleza normativa: la ética en la contratación administrativa debe desaparecer como conducta reprochable y en su lugar, definirse con tipos normativos claros y precisos, las conductas que se considerarán contrarias a Derecho con su respectiva sanción. Con ello se elimina el espacio de vulnerabilidad aplicativa y sancionatoria que existe en la actualidad, que de suyo es cubierto por los interesados en cada caso concreto, con el relleno que mejor convenga a sus intereses.

La ética

La construcción de una ética común cuyos contornos semánticos sean de similar alcance para todos los que conviven en una colectividad es un proceso ajeno al Derecho; por cuanto la ética es una manifestación cultural que como tal se construye a través del tiempo a partir de la armonización de conductas individuales que se insertan mediante su aceptación en el acervo patrimonial de una sociedad. Ya se ha dicho que la sociedad supera el conjunto amorfo de personas conviviendo en un espacio geográfico, porque la sociedad es más que únicamente la coexistencia de un cierto número de individuos en un grupo más o menos homogéneo; se sabe que desde siempre y en todo lugar, los grupos humanos tienden a sobrepasar esa fase inicial de convivencia socialmente inestable para perfeccionarse como organismos conscientes de su unidad y comunidad de los destinos de sus miembros⁵². Es por eso que a la par del hecho de la coexistencia física se agrega otro fenómeno, esta vez del orden psicológico, que le da al grupo su carácter definitivo de sociedad (Burdeau: 1980, 48). Se omite el señalamiento explícito,

⁵² Hauriou, André, Gicquel, Jean, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, édition Montchrestien, 1980, Paris, 1980, página 29-30.

pero se extrae del resto del contenido de la exposición doctrinal al señalar que las particularidades existenciales de cada grupo social son las que, finalmente harán la diferencia entre la multiplicidad de ellos; particularidades que derivan de la distinta razón histórica que fue la fuente originaria de su cohesión.

El instinto de supervivencia en unos casos; la identificación con las artes, en algunos; la inclinación hacia el culto del intelecto en otros, son los ejes fundacionales alrededor de los cuales gira la construcción de una fórmula de convivencia de interés común; tal dinámica se registra al inicio de la articulación de las sociedades, porque una vez desarrolladas bajo esos principios, cada una inicia en un segundo o tercer periodo de desarrollo, según sea el caso, un proceso de autocomplacencia, cuyas bases morales dependen de la fuerza coercitiva de los detentadores del poder, que acuerpados por su situación de privilegio que deriva más que de su fuerza económica, de la titularidad de la formas de información, disponen lo que los demás, la gran masa debe tener y aceptar por bueno o malo.

Desde la perspectiva ética de los desposeídos, Robin Hood siempre será un héroe, así lo proyectaron los enemigos de las monarquías, aún cuando está clara la superioridad social de que quienes ensalzaron las virtudes del peculiar malhechor, en relación con los beneficiados de sus acciones míticas, pues lejos estaba en ellos, el deseo de divinizar la figura de Robin Hood en razón de su actividad altruista, sino que su peculiar forma de elevarlo tenía por finalidad, debilitar el poder de los monarcas haciéndoles aparecer como responsables de su existencia debido a su voracidad fiscal para satisfacer sus muy particulares deseos. El personaje fue un instrumento de la burguesía para destronar la monarquía, sin vincularlo con una reivindicación de derechos básicos de los sometidos al despojo. El personaje representa los deberes éticos de todo ciudadano interesado en sus pares, desde la perspectiva filosófica, pero sigue siendo un simple ladrón a partir de una valoración estrictamente jurídica de su conducta.

Más acá en los tiempos, la ética como componente necesario para la convivencia social en armonía con los valores sociales de cada conglomerado se plasma en la carencia de una definición que permita tenerla como única y transferible a cualquier contexto geográfico y cultural. Los mismos organismos públicos de naturaleza internacional se bifurcan en conceptos éticos según sean los destinatarios de sus mandatos y propuestas. Múltiples son las manifestaciones en el ámbito internacional de esa doble configuración de la ética de los Estados.

A un país se le prohíbe vender armas que otro país negocia sin limitaciones; a un país se le prohíbe construir armas del tipo que a otros se les estimula crear. Los países

occidentales hablan de paz, pero hacen la guerra por razones económicas, acusan a terceros de violar derechos humanos sin ningún reparo para cometer la misma falta a lo interno. La demostración más cercana de esa doble inspiración ética que se maneja como traje sastre (esto es: a la medida) es el caso de Estados Unidos de Norteamérica y Uruguay. Mientras algunos Estados Federales de la primera nación mencionada legalizaron la marihuana, ningún órgano de las Naciones Unidas alteró su agenda habitual para pronunciarse en ningún sentido, como sí lo hicieron de manera inmediata cuando otro Estado soberano, como lo es Uruguay, acudió a la misma legislación. De lo expuesto, son factibles los siguientes cuestionamientos: ¿es ético robar a los ricos para darlo a los pobres? ¿Es ético que un país militar y económicamente fuerte legalice una actividad con el beneplácito de quien la condena en otro? ¿Qué es lo ético: la actividad, la conducta activa u omisiva que la acepta o la decisión de un órgano que así lo diga?

La inexistencia de un concepto universal sobre la ética, como consecuencia de los propios parámetros inmersos en las distintas sociedades para sus propósitos existenciales, deviene de las circunstancias que identifica a cada uno de esos conglomerados humanos, nacidos a partir de un determinado contexto temporal, permeado a su vez por las diferentes manifestaciones sociales que van extendiendo o contrayendo las valoraciones para adecuarlas a esas circunstancias. Estas variables surgidas de la dinámica colectiva son ingredientes que coadyuvan a alcanzar una definición del concepto ético sin imponerla de manera definitiva; situación que se presenta en todos los órdenes de la vida.

Cuanto más se profundice en el conocimiento, cuanto más se disperse su acceso y se acentúe la rigurosidad científica, mayor será la comprensión de los fenómenos sociales y la dureza calificativa en su valoración y sanción⁵³. El acto, la conducta o la actividad pueden ser los mismos, vistos desde su estructura básica, el cambio deviene de la percepción que el colectivo social le otorgue a partir de un determinado momento histórico y las circunstancias que lo rodean. Esa es la razón por la que se invalida la afirmación de que el cambio es producto de la norma jurídica, cuando por el contrario, es el cambio lo que genera la norma. Fenómenos como la pobreza o el consumismo reconducen algunos valores a tablas distintas, para la satisfacción de los

⁵³ Cuando la ciencia comprobó que la nicotina era causante de enfermedades mortales como el enfisema o cáncer pulmonar para el fumador activo y pasivo, el símbolo de elegancia que el cigarrillo desarrolló por largo tiempo a través del cine desapareció, para convertirse en un hábito reprobable y jurídicamente reprobable.

requerimientos de cualquiera de los dos; de esa manera una actividad que resulta moralmente cuestionable se introduce en el colectivo social como válida en la medida en que sirva para solucionar situaciones de desventaja o aunque careciendo de esa condición, sea un instrumento útil para lograr con mayor rapidez los objetivos o fines⁵⁴.

La transparencia

A diferencia de la ética, la transparencia no depende de las valoraciones individuales ni sociales que se tengan sobre una determinada conducta, sino que se relaciona con la claridad y pureza de esa conducta, es decir, carece de valoración porque es o no es, sin términos medios que inclinen la balanza hacia ningún lado en razón de circunstancias. La transparencia es definida por el diccionario de la lengua española como *calidad de transparente* y transparente en su cuarta acepción registra el valor de *claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad*⁵⁵, de ahí que en el plano de la actividad del Estado, la transparencia implique la inexistencia de segundas intenciones, al acceso a la información completa y veraz, al equilibrio, equidad e igualdad entre participantes en las distintas relaciones jurídicas administrativas en las que se desenvuelve la Administración Pública; implica el tratamiento diferenciado donde haya razones objetivas que lo justifique, consecuentemente con ello, la transparencia en la gestión pública tiene un ligamen indisoluble con el principio de igualdad en su más amplia acepción léxica, para que todos por igual según sean sus intereses legítimos o los vínculos jurídicos que mantengan con la Administración, puedan acceder a la información que los instruya para la participación plena en los asuntos públicos en igualdad de condiciones; igualdad que se extiende más allá de la simple participación para incluir la valoración paritaria de los ofrecimientos dirigidos a satisfacer los intereses públicos.

⁵⁴ El ejemplo más preciso de lo expuesto se presenta con la percepción del narcotráfico y el lavado de dinero. En el extremo menor de la cadena -los excluidos- la venta de droga en sus comunidades carece de toda relevancia moral, por ser un medio de allegarse recursos que de otra manera no lograrían para satisfacer sus necesidades básicas, en el sector opuesto de la sociedad, tampoco tienen reparo en realizar actividades de lavado de dinero, que es tan moralmente cuestionable como la primera, necesaria para la segunda. De esta manera se dan dos éticas de Estado, la que reprime al primero, pero ensalza al segundo.

⁵⁵ Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición, 2001, versión digital.

La ética y transparencia en el ordenamiento jurídico costarricense

Numerosas cuestiones éticas pueden ser puestas en causa según la relación con la ejecución de las políticas públicas; es decir, en la administración de los recursos del Estado para la satisfacción de los intereses generales a los que están obligatoriamente dirigidas. La lista es larga: conflictos de intereses; desapego de los principios de neutralidad; de equidad; de igualdad de tratamiento; abuso de poder; distorsión de la información; las cuestiones de responsabilidad en relación con los comportamientos individuales y colectivos en las unidades administrativas; irrespeto a la integridad física y psíquica de los agentes públicos y de los beneficiarios de los servicios. Frente a tantos riesgos se requiere de actitud lúcida y constructiva que permita un análisis profundo de los diferentes aspectos del problema; cabe el cuestionamiento sobre si ¿Es posible combinar la eficiencia en la gestión pública con los parámetros éticos y de transparencia?

Por encima de los escándalos públicos que determinadas conductas de los agentes públicos pudieron haber cometido, el concepto ético para su incorporación en el plano jurídico debe desprenderse del concepto filosófico de la ética como virtud, como el comportamiento nacido de una valoración espiritual de recogimiento ante los pecados de la carne, sino que se tomará como punto de partida, la reseñada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁵⁶.

Es ético y transparente que la presidenta viaje en un avión privado con sospechas o sin ellas de pertenecer al narcotráfico? Lo es si no está en el ejercicio ni en el cumplimiento de deberes públicos, porque no malgasta los recursos públicos. No lo es si está en funciones de Estado, porque compromete la objetividad e independencia de criterio frente a terceros ajenos a los deberes públicos. ¿Es ético que un Ministro de Estado y un vicepresidente recomienden una empresa para un contrato administrativo? ¿Es ético que un Ministro de Estado le busque financiamiento a un contratista para que pueda cumplir con un contrato en el que asumió obligaciones frente al Estado? ¿Es ético y transparente que un Ministro de Estado sin elementos objetivos, decida comenzar y finalizar una negociación con una empresa por un contrato frustrado? ¿Es ético que un Ministro de Hacienda exija a los costarricenses pagar impuestos cuando ni él ni sus allegados los paga?

Si la ética y la transparencia fuesen conceptos puramente jurídicos como el

⁵⁶ La ética, la integridad y la transparencia como pilares para la buena Administración Pública. (OCDE, 2009)

homicidio, tendrían igualmente los efectos jurídicos que se le otorgan a una figura típica. La diferencia estaría en los matices del caso. Siempre que haya una persona muerta por acción de otro es un homicidio, la diferencia para su sanción son los elementos accesorios que derivaron en la muerte: legítima defensa, homicidio simple o calificado, parricidio, femicidio etc; pero el tipo legal de raíz se mantiene.

En Costa Rica existen Códigos de Ética en los Colegios Profesionales y en algunas Instituciones Públicas, pero la calificación final de la conducta escapa a la norma porque en realidad resulta de la valoración subjetiva de los responsables de su determinación. En un proceso comparativo de una regulación de la ética frente a la regulación del homicidio -a modo de ejemplo- la diferencia proviene de los hechos en su estructura material; así, la calificación del acto -si hubo dolo, si se trataba de la esposa, el padre o el hijo, si fue en legítima defensa- derivará de los hechos, con prescindencia de los sentimientos o las emociones del intérprete, carentes de relevancia jurídica, porque la causa es sometida exclusivamente a la prueba.

En el ámbito de la Administración Pública, la calificación de las conductas bajo los parámetros de la ética y la transparencia depende a menudo -ante la ausencia de una regulación precisa y detallada- de la valoración subjetiva de cada actuación y por cada agente público, quien finalmente tipificará el comportamiento como ajeno o apegado a esos principios fundamentales para la buena gestión pública, lo que se agrava con la imposibilidad de ser perseguida la conducta judicialmente, cuando los responsables de reclamar la intervención judicial son, precisamente, los que previamente deben calificarla, quedando bajo su exclusivo control, de donde la fiscalización de la ética y la transparencia dependen de las buenas relaciones sociales entre el infractor y el fiscalizador, con ajenidad a la norma jurídica que reprocha la conducta.

Ese defecto normativo viene de raíz cuanto la Constitución Política de Costa Rica identifica en su artículo 28, la moral y las buenas costumbres como dos conceptos distintos e independientes, cuya determinación material deberá hacerse en cada situación fáctica concreta y ante situaciones sociológicas determinadas, cuya generalización resulta difícil con visos de imposibilidad. Por ello, de previo a establecer el comportamiento ético, resulta necesario concretizar en el tiempo y el espacio las distintas valoraciones que tales condiciones otorgan al concepto.

Ética y transparencia en la función pública

En el contexto de la función pública, los principios de eficiencia, lealtad, probidad -los que son por demás, conceptos jurídicos indeterminados- la responsabilidad, la supremacía del interés público por sobre el particular, tanto de la persona como de la Administración (Art. 113 LEGAP) son una constante lingüística ordinariamente carente de referente material, ante la subjetividad de tratamiento que cada uno de esos principios recibe. Esas bases esenciales del ordenamiento público se convierten a su vez en deberes y obligaciones, entre los que se pueden señalar sin ánimo de exhaustividad, la confidencialidad -que no es lo mismo que la complicidad- la imparcialidad y la objetividad, el uso racional y legítimo de los recursos públicos, para citar los más llamativos, de donde el cuadro completo resulta imperfecto, pero que fácilmente promueve un conjunto de actuaciones lógicas, razonables y deseables.

A partir de los elementos señalados en el párrafo anterior, al funcionario público se le impone un modelo de conducta que se puede llamar *código de ética* cuya existencia material resulta innecesaria por estar implícita en los principios señalados arriba, e igualmente de manera dispersa en distintos cuerpos normativos: El código penal contiene una lista de conductas típicas y antijurídicas con su respectiva sanción para los funcionarios públicos que las transgredan, tales como el prevaricato, el incumplimiento de deberes, el peculado, la concusión y exacción.

Desde el atalaya de las relaciones laborales, el Código de trabajo establece en el artículo 19 la obligación de actuar conforme los principios de la buena fe y cualquier otro principio tendiente a una correcta ejecución del contrato de trabajo, ampliados ambos cuerpos normativos, con la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito y la Ley General de Control Interno. Precisamente por esa dispersión en la regulación y control de las conductas bajo los parámetros éticos, el Comité de Expertos de la Organización de Estados Americanos⁵⁷ en seguimiento de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción sugirió promulgar un cuerpo de normas único para aglutinar esas reglas tendientes a un mejor control de la actividad funcional y, además, evitar que cada entidad u órgano promulgue su propio catálogo con definiciones e interpretaciones diferentes.

⁵⁷ Manfroni, Carlos, op cit.

Puede existir coincidencia racional con la sugerencia del panel internacional mencionado en el párrafo anterior por la fuerza de las circunstancias, pero la exhaustiva y generalizada regulación de la ética en el ejercicio de los poderes públicos deviene en innecesaria, al estimarse que la conducta intachable de los funcionarios es de principio, por cuanto el ordenamiento jurídico deviene en sí mismo, esencialmente ético, por derivación lógica de su origen estatal. El Estado por el simple hecho de serlo refleja los valores de la colectividad transmutados en un conjunto esencial de normas -Constitución Política- que al ser la cúpula de la pirámide jurídica, permea, guía e instruye la totalidad de la actividad humana focalizada en su jurisdicción, de donde las tres funciones esenciales que lo identifican -legislar, administrar y juzgar- son manifestaciones formales y materiales de aquella condición básica en la que están -o cuando menos deberían estarlo- inmersos esos valores ontológicos para su validez sustancial como centro de respeto; así, si el origen -tronco- es ético, las demás manifestaciones orgánicas que lo integran -sus ramificaciones- igualmente deberían serlo.

Establecer códigos de conducta para la función pública es reconocer el fracaso del Estado en el proceso de concientización de los valores superiores de la sociedad que regula; es reconocer las deficiencias formativas de los ciudadanos desde su raíz básica -el hogar y la escuela (este término utilizado en sentido lato y general para referirse a todos los niveles de formación)- es reconocer y peor aún, aceptar que ciertos comportamientos pueden ser tolerados en la medida en que escapan a la regulación formal, sin que por ello se pueda suponer que sean éticos en su materialidad.

En relación con la transparencia, este principio está ligado fundamentalmente al principio de rendición de cuentas, del que se pueden derivar otros, como responsabilidad, imparcialidad, neutralidad política, independencia, mediante la cual se pretende clarificar la actividad administrativa para el ejercicio del control ciudadano. Se ha señalado -ante todo cuando se refiere al derecho de información- que las Administraciones Públicas deben ser como casas de cristal, de tal suerte que los ciudadanos puedan ver, analizar, valorar y cuestionar la actividad desplegada, pero la propuesta lastimosamente se quedó en una hermosa manifestación retórica sin arraigo material en el ejercicio del poder, que además se pierde en la oscuridad de la maraña administrativa donde no todo lo que se ve es lo que parece ser, donde el principio de transparencia pierde cualquier significado bajo la figura patológica de la desviación de poder, que se esconde bajo un esquema de regularidad normativa.

Cuando en Costa Rica se cae un puente, se hace un hueco en la calle, o se derrumba una escuela o se resuelven contratos, los responsables administrativos sin mediar estudios ni resoluciones obligatorias inmediatamente emiten comunicados públicos en los que establecen los costos de las reparaciones del puente, del hueco o de la escuela, o bien, que la sanción económica por la ruptura contractual se elevará a determinadas cifras, lo que aparenta ser ético y transparente; sin embargo, un análisis más detallado de esas fórmulas administrativas, conduce a calificarlas como programadores neurolingüísticos para las futuras contrataciones, requeridas para solventar el problema del servicio, o bien, en las negociaciones venideras⁵⁸.

La ética y la transparencia en el plano jurídico

Los conceptos de ética y transparencia nacen en el campo sociológico, pero son de uso político; así fueron importados por el ordenamiento jurídico con deficientes resultados por las pocas probabilidades de disuadir una conducta irregular; pues además de una falta de concreción de la conducta que los infrinja, tienen el mismo resultado del principio de participación ciudadana contemplado en el artículo 9 de la Constitución Política, cuya falta de desarrollo legislativo impide su ejercicio pleno.

La norma exige el comportamiento ético y transparente del funcionario público, pero no permite que el ciudadano ejercite su derecho constitucional al control público de la actividad administrativa relacionada con esos dos componentes, puesto que se cancela la participación ciudadana en el control de los asuntos públicos por una carencia de legitimación activa, como lo resolvió la Sala Constitucional al rechazar un recurso de amparo contra el decreto que declaraba de interés público la candidatura de una Ministra de Estado a la Organización Mundial del Comercio, con orden a toda la Administración Pública de poner a disposición de la mencionada funcionaria, los recursos públicos para que se promocionara (voto 1396-2013 de las 14.50 minutos del 29 de enero de 2013).

⁵⁸ Recién inaugurada la administración 2010-2014 uno de los vicepresidentes hizo pública la (inexistente) amenaza de que si no se suscribía el contrato con una empresa petrolera, el país sería condenado a pagar unas cifras escandalosas que ni la misma empresa había pensado. Igual situación se produjo con la rescisión contractual de la fallida reconstrucción de la carretera San José-San Ramón, donde los representantes de la Administración, bajo el prurito que están disminuyendo los riesgos de condenatorias mayores realizan negociaciones sin que se hubiesen interpuesto las demandas por las empresas.

Si es el Poder Ejecutivo -que por principio- es la máxima autoridad moral de la Administración Pública, quien quebranta esas reglas de buen comportamiento en el manejo de la Res pública, entonces desaparece toda fuerza moral para reclamar a los funcionarios públicos apego a esos principios, de ahí la afirmación de que hablar de ética y transparencia en la función pública es solamente una catarsis, ante la imposibilidad material de controlar la actividad administrativa bajo los parámetros normativos que la regulan.

Ética y transparencia en la contratación administrativa

En la contratación administrativa, a simple vista el panorama es agradable. Se generan procesos licitatorios de participación abierta, otros más reducidos, pero siempre con amplia participación, que dan la apariencia de pulcritud; sin embargo, todo está basado en la apariencia porque la realidad supera -en muchas ocasiones- la capacidad de abstracción del operador jurídico que empotrado en el texto de las normas positivas, es incapaz de visualizar las posibilidades de infracción que la textura de esta permite. Sobre eso se concretará luego.

La teoría de la apariencia

En teoría se discutió inicialmente en el sistema inglés, sugiere en el plano estrictamente jurídico, una valoración de los hechos frente al Derecho y la interpretación de este para su aplicación, a partir de lo que aparenta ser. Tiene dos niveles aplicativos: el subjetivo, por el cual el juez o funcionario público enseña que es imparcial, a modo de imagen que debe proyectar para consolidar su decisión, esto es que como el juez dicta su sentencia debe darse un reconocimiento jurídico de las impresiones o realidades que en la resolución se manifiesta.

El segundo nivel es el objetivo, esta perspectiva tiende a promover la creencia de que la estructura institucional está en función del ciudadano y sus necesidades, en aras de ganar su confianza. En la contratación pública es donde mejor se presenta la teoría de las apariencias. Es el caso ya señalado, donde la Administración anuncia los costos de una obra concluida, aunque en tiempos presentes es más frecuente cuando las obras aun no se han comenzado. Desde la teoría de las apariencias se introducen en

el subconsciente colectivo dos temas: a) que se están invirtiendo los recursos públicos en obras para todos, y b) se allana el camino para que los costos no sean cuestionados aún cuando la obra tenga un valor menor.

La teoría de la apariencia en la contratación administrativa

Una de las preocupaciones ciudadanas es el destino de los recursos públicos. Conforme al artículo 140 inciso 7) de la Constitución, le corresponde al Poder Ejecutivo, recaudar las rentas y disponer de ellas de acuerdo con las leyes. Por su parte, el artículo 176 ibid se encarga de constitucionalizar la recaudación y distribución de las rentas públicas a través del presupuesto nacional. Las leyes orgánicas o individuales de las distintas administraciones tributarias, tales como el Instituto de Desarrollo rural (INDER), el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) y la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) igualmente señalan el destino de los recursos recaudados, por tributos, cargas sociales o contribuciones especiales, casos en los que, al igual que lo dispuesto por el numeral constitucional citado, los objetivos derivan de la ley.

Para el cumplimiento de esos fines, esas organizaciones deben realizar varias actividades colaterales y accesorias, así la CCSS debe construir hospitales, comprar medicinas, ropa de hospital, comida para los pacientes, la Administración central debe construir caminos, edificios públicos, brindar seguridad, luchar contra el tráfico de drogas, proveer educación pública, proveer de centros de cultura y esparcimiento en general, para lo que debe realizar contrataciones de variada naturaleza.

Es en el marco de esas acciones secundarias -desde la perspectiva finalista- pero esenciales para la prestación de los servicios que están llamadas a brindar, donde se produce el quiebre entre la ética y la transparencia, reales, con la teoría de las apariencias, en la medida en que las contrataciones aparentan ser necesarias para el cumplimiento de los fines, sin que nadie se cuestione la metodología ni los contenidos en relación con el costo-beneficio; porque los órganos de fiscalización y control limitan su examen al análisis superficial de los elementos básicos.

Así, a manera de ejemplo y bajo el criterio de urgencia o necesidad (que nunca quedan acreditadas en el expediente) se licita la adquisición de equipo informático, sistemas operativos y mantenimiento, sin exigir que sean sistemas abiertos que puedan ser atendidos por varias empresas, lo que conlleva someterse al proveedor adjudicado

con graves perjuicios para los intereses públicos. Sin duda, la Administración contratante debería prever esas posibilidades y establecer en su oferta las condiciones más favorables para el Erario; sin embargo, frente a la teoría de las apariencias, el procedimiento parece tan claro que ni siquiera los competidores se oponen al cartel, todo se ejecutó en el marco de la legalidad con prescindencia de la ética y transparencia al decantarse por la peor y más ineficiente opción para el servicio, cuyo resultado “real” -no aparente- es que la Administración permanece atada al proveedor adjudicado o asume las pérdidas de la contratación fallida para mutar a otro sistema.

En un interesante artículo sobre las modalidades de la contratación pública a la luz del artículo 182 de la Carta Política, Jinesta Lobo recorre críticamente la jurisprudencia constitucional, en cuanto esta establece la licitación pública como la regla a las contrataciones del Estado, para inclinarse, el autor, por el principio de libre contratación -con los matices connaturales a la actividad administrativa- cuyo fundamento es la adecuación de la actividad del Estado a los principios de eficiencia, celeridad, eficacia, en razón de que la esfera vital de los administrados depende, en buena parte, de prestaciones positivas y efectivas que permitan el goce, ejercicio y desarrollo progresivo de los derechos a la salud, la educación, la vivienda digna, al agua potable, etc⁵⁹.

Se comparte parcialmente el criterio vertido por el jurista citado, en tanto, si bien es cierto que el Constituyente no impuso la licitación como la única modalidad de contratación, lo cierto que es en ella se encierra un valor fundamental para la correcta utilización de los recursos públicos, de manera que la escogencia del procedimiento para contratar parte de una necesidad pública y no de una manipulación de la realidad para justificarlo. Soros⁶⁰, en una interesante valoración de la crisis financiera de 2007, mencionó un hecho que resulta estrechamente aplicable a la realidad de las contrataciones públicas en nuestro sistema normativo; a saber: que las realidades se crean a partir de las decisiones tomadas por quienes tienen el poder de mando, con ajenidad a los hechos, los cuales sirven solamente para justificarla. El edificio que se

⁵⁹ Jinesta Lobo, Ernesto, El principio constitucional de la libre contratación administrativa: desmitificación del voto 998-98 de la Sala Constitucional, Revista Iustitia, año 24, número 277-278, páginas 5 y siguientes.

⁶⁰ Soros, George, La vérité sur la crise financière, Éditions Denoël, Paris, 2008, página 77 y siguientes. En relación con la realidad de quienes la ven y la de quienes la crean, un consejero de la Casa Blanca en la Administración de George W. Bush, manifestó a un periodista: *“Ustedes son lo que denomino, adeptos de la realidad, de los que se imaginan que las soluciones derivan del estudio pertinente de la realidad perceptible. El mundo no funciona así. Nosotros somos un imperio y cuando actuamos, nosotros creamos nuestra propia realidad. Mientras que ustedes hacen el estudio de esa realidad, nosotros estamos listos para actuar y crear otras realidades nuevas que ustedes pueden estudiar también. Nosotros somos los actores de la historia y a ustedes lo que les queda es estudiar lo que nosotros hacemos.”*

requiere comprar, alquilar o construir para dar mejor servicio público es una necesidad aparente que carece de vinculación real con la eficiencia y calidad del servicio, cuya mención está limitada a servir como enlace entre la decisión de comprar, alquilar o construir y la atracción que genera ante la gran audiencia confinada a mirar sin posibilidades de intervenir en la protección de sus intereses.

Varias razones se confabulan para que los lineamientos éticos introducidos en el ordenamiento jurídico costarricense sean meras normas programáticas, ante todo en el ámbito de la contratación administrativa, por la carencia de un sistema de auditoría de resultados que impide calificar con precisión la conducta. A modo de ejemplo, supóngase el caso de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos que abandonó un edificio propio para rentar otro en una exclusiva zona de Escazú, cuyo costo lo paga el usuario. El fundamento de la decisión se concentró en que necesitaban más espacio para ofrecer un mejor servicio.

A la fecha no se ha hecho un estudio cuantitativo o cualitativo -por una organización ajena a la estudiada- para determinar si la decisión cumplió el fin por el cual se realizó la contratación. Cuántos usuarios más han atendido en las nuevas instalaciones en comparación con la anterior edificación; cuántos conflictos entre usuarios y prestadores se han resuelto en demasía; cuánto es el porcentaje de crecimiento en su participación en la atención del usuario; cuánta mayor capacidad tiene de atender las situaciones en relación con la que tenía en la anterior estructura física. Ninguna de esas interrogantes ha sido aclarada y consecuentemente la decisión de contratar el alquiler no podría calificarse como contraria a los principios de lógica, eficiencia, eficacia, ni tampoco se puede considerar satisfactoria.

Los espacios que algunas normas de la contratación dejan para quebrantar los principios, conducen a requerir del legislador y del juez, una capacidad de abstracción mayor para legislar o juzgar -según sea el caso- cuanto la poca regulación o la demasiada amplitud de la norma conducen a su infracción. La Ley 8660 de Fortalecimiento y modernización de las entidades públicas tiene algunas normas de esta naturaleza, que además generan confusión conceptual. El artículo 9 de la mencionada normativa dispone:

“ARTÍCULO 9.- Servicios de consultoría y afines. El ICE y sus empresas están autorizados para vender, en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento,

consultoría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias. Los precios de estos productos y servicios serán determinados libremente por el ICE o sus empresas, según sea el caso, de conformidad con el plan estratégico de la Institución, siempre que no se encuentren sujetos a regulación. El ICE y sus empresas podrán vender estos servicios y productos, siempre que dicha venta no impida el cumplimiento oportuno de los objetivos institucionales. La venta de servicios y productos se realizará conforme al inciso b) del artículo 23 de esta Ley”

La norma transcrita dispone un sistema de libre mercado para la venta de servicios, con remisión al artículo 23 mientras que el artículo 20 *ibid*, relega a un segundo plano los controles posibles de la Ley de la Contratación Administración, cuya aplicación es supletoria al tenor de este último ordinal mencionado, lo que facilita la infracción a las normas de la ética y la transparencia. En el caso del ICE como entidad autónoma, la aplicación de las regulaciones de la contratación es supletoria, pero, para el caso de sus empresas esa normativa resulta inaplicable, de manera que ante esa exclusión, la única interpretación posible es que estas organizaciones tienen una naturaleza enteramente comercial, en la que su fuerza humana motriz no califica como funcionarios ni servidores públicos y con ello les resulta inaplicables los principios de probidad, ética y transparencia de la función pública, dispuestos en la Ley de Control Interno. Efectivamente, el artículo 20 de la Ley 8660, establece:

“ARTÍCULO 20.- Regulación de la Contratación: 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.º 7494, de 1º 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”.

Además de lo señalado sobre la naturaleza jurídica de la fuerza motriz de esas empresas, la norma tiene serios problemas de sintaxis que generan una errónea percepción en el juez de lo contencioso. Efectivamente, si las empresas del ICE están bajo un régimen de libre mercado, la valoración y decisiones de los jueces contenciosos sobre conductas “empresariales” sometidas a su conocimiento, no pueden estar limitadas por consideraciones de interés público cuya calificación resulta del resorte exclusivo de la Administración Pública-pública, no para empresas comerciales en régimen de competencia (contrario al régimen monopólico) pues estas empresas no son representantes del interés público sino de uno meramente comercial que no se diferencia de cualquier empresa privada.

Aunque el tema es interesante, el análisis detallado de lo mencionado deberá ser en otra sede, la normativa reseñada -con la excepción del ICE en su carácter institucional- libera de las ataduras contraloras a las empresas nacidas al amparo de la Ley 8660, las que tendrán carácter de empresa pública únicamente en cuanto a la titularidad de las acciones, sin que sus actos, actuaciones o conductas, puedan ser consideradas “decisiones administrativas” en sentido estricto. En refuerzo de lo dicho, se acude al artículo 23 de la Ley 8660, que a la letra, dispone:

“ARTÍCULO 23.- Excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso: Además de las excepciones a los procedimientos ordinarios de concurso previstas en el marco normativo general de la contratación administrativa, el ICE podrá aplicar las siguientes causales de exclusión:

- a) Los acuerdos celebrados con empresas públicas de otros países.*

b) La venta, en el mercado nacional e internacional, de servicios de asesoría, consultaría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias.

c) La actividad de contratación que, por razones de seguridad, urgencia, emergencia u oportunidad, sea necesaria para garantizar la continuidad de los servicios o para introducir mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios.

d) Los contratos de ayuda desinteresada con personas físicas, organizaciones no gubernamentales o entidades privadas o públicas, nacionales o extranjeras.

e) La adquisición de bienes, obras o servicios que, por su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse cuando exista un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia, no resulte adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios.

f) En los casos en que la administración, habiendo adquirido el equipo tecnológico, decida adquirir más productos del mismo contratista, por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad, teniendo en cuenta si el contrato original satisfizo adecuadamente las necesidades de la administración adjudicadora, si el precio es razonable y, especialmente, si se descartó la existencia de mejores alternativas en el mercado.

g) La contratación de fideicomisos.

La aplicación de las causales anteriores será de responsabilidad exclusiva de la administración, sin que se requiera autorización de órganos o entes externos. La administración deberá dejar constancia, en el expediente de cada caso concreto, de las razones que sustentan la aplicación de la causal de exclusión de los procedimientos ordinarios de concurso, lo cual queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República”.

Lo importante de la norma transcrita está en su párrafo final, por dos razones:

a) las decisiones tienen como único control, la auto contención de los funcionarios involucrados y, b) la fiscalización facultativa de la Contraloría General, la que al ser

facultativa es lo mismo decir, sin fiscalización. No obstante lo anterior, se rescata que por el artículo 112.3 de la Ley General de la Administración Pública, a los efectos de garantizar la legalidad y moralidad administrativas, se consideran servidores públicos a los de las empresas públicas aunque se desenvuelvan bajo un régimen privado de empleo, pero, cuando así lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo. ¿Dónde estriba uno de los problemas entre la normativa citada y los principios de ética y transparencia en los procedimientos de contratación administrativa? En la libertad contractual que se deriva de la relación de los artículos 9, 22 y 23 de la Ley de Fortalecimiento de las Entidades del Sector de Telecomunicaciones 8660 y el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa.

Con respaldo en esa normativa, se suscriben contratos de venta de bienes y servicios entre entidades públicas, los que bajo el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, están exentos de los procedimientos de contratación, sin embargo, la entidad vendedora (en términos genéricos) subcontrata con terceros la prestación del servicio o la provisión de los bienes, sin ningún valor agregado más que su condición de organización pública, todo bajo los parámetros de los artículos 9, 22 y 23 de la Ley 8660, sin que esta subcontratación se licite, en detrimento de la competencia entre proveedores de esa tipología de bienes o servicios subcontratados, lo que permite escapar al control y fiscalización de la Contraloría General de la República, dado que al no existir oferta pública se carece de la información veraz y suficiente para contrarrestar la oscuridad contractual en la que se incurre.

El lugar de la ética y su transformación en una regulación concreta

El ordenamiento jurídico es ético por antonomasia, tanto por su origen estatal como por su finalidad regulatoria de la vida social; sin que por ello, la ética se desprenda de sus raíces sociológicas, alimentada por las pautas y concepciones religiosas de lo bueno y lo malo. No obstante, la falta de concreción de la ética para regular y sancionar las conductas humanas debe mantenerse su concepción sociológica como un criterio para interpretar y no para aplicar particularmente medidas y en su lugar tipificar las conductas irregulares con su correlativa sanción, en estricta y objetiva aplicación del principio de tipicidad, cuya máxima exigencia es

la estructuración completa de la conducta sancionable. De esta manera, el hecho de calificar y reprimir una conducta derivará de la infracción de la norma concreta donde la ética servirá como un parámetro de interpretación, sin ser el único.

Algunos avances en materia de contratación administrativa

Uno de los primeros intentos para clarificar los procesos de contratación, fue la introducción en la Ley de la Contratación Administrativa número 7494 de 1996, la obligación de las Administraciones Públicas de establecer un plan anual de contrataciones, para evitar las contrataciones salidas de la nada, como llegó a suceder en Italia⁶¹ donde se licitó la construcción de carreteras y caminos que no llevaban a ninguna parte y concluían abruptamente en cualquier desierto. Sin embargo, debe señalarse que el sistema de contrataciones anualizadas es válido y eficaz para las compras planificadas en condiciones de normalidad, que se rompe con las emergencias o urgencias, reales o prefabricadas.

Aunque parezca raro o inverosímil, los eventos de la naturaleza y algunos del hombre (enfermedades) son acontecimientos de lo más esperados por algunos sectores vinculados a las compras públicas, pues les permite saltarse todos los controles, ante la exigencia de una pronta solución al problema planteado. Un caso típico fue el de la trocha fronteriza entre Costa Rica y Nicaragua iniciada como medida para impedir la “invasión” de Nicaragua, por lo que se declaró como emergencia nacional para dejar de lado los más elementales controles y cuya consecuencia fue más de 24 mil millones de colones perdidos.

Otro avance, mientras la naturaleza no imponga cosas contrarias, son las compras de bienes y servicios en línea, que dan mayor claridad, pero que aún cuando resulta un sistema más moderno, no es suficiente para erradicar las conductas irregulares que con tanta frecuencia se presentan en esta materia, donde históricamente ha sido el medio más rápido y casi “legal” de enriquecimiento⁶². Las compras en línea tienen su versión positiva a partir del momento en que se inició públicamente con el proceso, esto es, cuando tiene lugar la recepción de las ofertas, lo que no impide otorgarles a terceros información privilegiada antes de publicar el cartel en la red.

⁶¹ Saviano, Roberto, Gomorra, Milán, Arnoldo Mondadori Editore, 2006.

⁶² Jinesta Lobo, op cit, página 6.

Conclusiones

Las normas jurídicas que demandan un comportamiento ético y transparente a los funcionarios públicos no han logrado mermar los vicios registrados en las compras del Estado, ni parece que lo vayan a lograr en virtud de los términos en que están redactadas, ya que su vaguedad, ambigüedad y amplitud interpretativa, reducen su eficacia procedimental o procesal según sea el caso. La respuesta a estas cuestiones está en otro lado, es una cuestión de política pública, a la que no debe sustraerse ningún funcionario, con independencia de su rango. Se rescata el hecho de que haber legislado sobre el tema demuestra una respetable preocupación, que debe mantenerse hasta lograr -sino erradicar- cuando menos reducir los casos, pues lo peor es la desidia.

En alguna ocasión propuse establecer un sistema de comisiones de adjudicación integradas por miembros elegidos en sus respectivos colegios profesionales por especialidad técnica, en consideración a la naturaleza del concurso público, como en algún momento se hizo para el caso de la licitación para la gestión interesada del Aeropuerto Juan Santamaría -aunque posteriormente el Estado realizara concesiones no contempladas en la oferta ni en la contratación original-. En materia de ética e integridad es necesario un esfuerzo conjunto para establecer un cuadro de gobernanza que acentúe la eficacia de los dispositivos normativos para mantener el buen comportamiento de los agentes públicos; es necesario generar una cultura de apertura a la discusión y solución inmediata de los problemas producidos por la infracción a las normas de buen gobierno, en lugar de esconderlas por el temor a la crítica o para salvaguardar una imagen pública.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ha puesto especial atención a esta tipología de problemas por considerarla un impedimento a la Administración Pública para concentrarse en su misión de servicio; se sostiene que el expediente de la ética organizacional debe producir resultados en materia de riesgos, a través de diagnósticos para detectar las fallas en la gestión y establecer una estrategia pedagógica para sensibilizar sobre el peligro de la pasividad frente a los actos de corrupción.

Los actos de esta naturaleza debilitan la institucionalidad del Estado, pero atender el problema de la falta de probidad en la contratación administrativa, es un tema de lo más urgente para evitar o disminuir las posibilidades de su repetición encadenada, en

⁶³ Rodríguez Varela, Alberto, *Ética y política*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1995.

razón de que cuando un oferente logra una adjudicación, a través de una dádiva, está impulsando a los demás competidores del mercado de bienes y servicios a acudir al mismo expediente ruinoso, al no recibir una respuesta decorosa de la Administración ni de los demás órganos de fiscalización y control.

En el ámbito político es necesario constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la Administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los adversarios políticos; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costo el poder, son principios que tienen su base fundamental en el valor trascendente de la persona humana y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los estados. El Estado moderno, concebido como un campo autónomo de funcionarios estrictamente limitado por las leyes, representa él también, un valor universal frente al interés de los grupos que actúan enquistados en su seno⁶³.

La participación de los usuarios responde a un principio de organizacional de neta raigambre democrática, reconocido actualmente tanto a nivel nacional como internacional. La preocupación casi exclusiva por la contención de costos y eficiencia productiva, propia de los años ochenta está cediendo paso al interés por los resultados sociales. En el proceso se destaca cada vez más al consumidor, con consecuencias significativas para las organizaciones públicas de servicio.

Una de estas consecuencias es el cambio y fortalecimiento del papel de los gerentes públicos y su relación con los proveedores de servicios⁶⁴. La reputación de las instituciones republicanas depende no solo de la aplicación objetiva de las leyes, sino de la conducta de los funcionarios y empleados públicos, que debe sustentarse en los principios éticos y morales en los que se basa la vocación de servicio para salvaguardar y evitar contrariar el interés público cuya protección, promoción y defensa les ha sido asignadas.

Importante es la protección del Erario público pero además, y fundamentalmente, se trata de la confianza pública, de la seriedad y rectitud en el ejercicio o la realización de acciones en el marco de los deberes y responsabilidades del Estado⁶⁵. La preocupación por la cuestión ética debe considerarse más allá de lo meramente filosófico, cuanto el vacío ético en los gobiernos o en sus funcionarios, se refleja en sus decisiones, en las

⁶⁴ Kilsberg, Bernardo, El rediseño del Estado, una perspectiva internacional, INAP, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1996.

⁶⁵ Rodríguez Arana, Jaime, Principios de ética pública ¿Corrupción o servicio?, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.

políticas públicas; ocurre cuando se elige pensando en los beneficios de los grupos de interés sin vinculación con la población.

La falta de ética trasciende lo meramente declarativo para manifestarse en la injusta desviación de los recursos públicos que aumenta la desigualdad social, especialmente en el plano de la contratación, donde por principio, los bienes y servicios que adquiere el Estado atienden a una necesidad pública que se verá insatisfecha ante el incremento de los costos o por la deficiente calidad.

Es en la atención de estos temas donde el juez y el legislador se constituyen en los instrumentos sociales para erradicar las conductas que atentan contra esos principios debilitadores de las democracias, pues si fallan su cometido, los medios de resolución serán buscados lejos de la pacífica respuesta del Derecho, de ahí que en la búsqueda de la racionalidad en la actuación institucional a través del funcionario, el proceso de valoración e interpretación de las normas jurídicas debe ser amplio pero riguroso para no dejar ningún resquicio por el que se pueda introducir la mano dañina de la corrupción. De ahí la conveniencia de distinguir entre los principios éticos en el ejercicio de la función pública de aquellas conductas que implican obligatoriedad de cumplimiento, en razón de que su inobservancia está penada por el ordenamiento jurídico, por lo que estas conductas se encuentran tipificadas como delitos o como faltas administrativas.

En palabras de Moreno⁶⁶, no solamente se debe tratar de que los hombres sean buenos, sino de evitar de que sean malos. Por eso hoy, es necesario ir más allá: el funcionario público es un agente moral, en virtud de que ejerce una actividad de manera permanente y habitual adscrita a órganos cuya finalidad es satisfacer las necesidades públicas. Este Desempeño implica aspectos vocacionales, dominio de técnicas, desarrollo de conocimientos y formación de actitudes, todas en función del servicio público definido por el bien común⁶⁷.

A pesar de las prohibiciones expresas existentes en la Ley de la Contratación Administrativa, para que determinados funcionarios puedan contratar con el Estado, cuya finalidad tiende evitar conflictos de intereses, esas normas carecen de un respaldo represivo riguroso en caso de violación directa o indirecta, dados los amplios portillos legales por los que dichas prohibiciones se pueden burlar, tal es el caso de la utilización

⁶⁶ Moreno, Mariano, *Decretos y Reglamentos de 1810*, Buenos Aires, 1989.

⁶⁷ Arland, Rodolfo, *Ética Pública: teoría práctica*, Revista Probidad, 6ª edición, Buenos Aires, enero-febrero-2000.

de terceros para quienes las limitaciones resultan inoperantes e inaplicables. Un refuerzo normativo para reducir la transgresión es la de ubicar esa relación entre el funcionario y el tercero en la categoría de <crimen organizado> de tal suerte que se pueda extender la investigación y la sanción, más allá de las fórmulas mercantiles.

Sin duda y, ante la multiplicidad de casos que la historia y el presente nos ofrece, se requiere de una reformulación de la Ley de la Contratación Administrativa para reducir los comportamientos irregulares: eliminar las decisiones discrecionales; establecer órganos colegiados para calificar ofertas y recomendar su adjudicación; el precio como elemento principal; establecer garantías sobre la calidad para compensar la relación con el precio; imponer sanciones económicas al oferente que haya sido adjudicado con mediación de dádivas (sin perjuicio de las sanciones penales que contemplen la conducta); limitar las contrataciones directas a los casos de urgencia comprobada y documentada; publicitar las subcontrataciones, extender la prohibición de contratar a toda persona o empresa que haya estado vinculada a un funcionario de alto nivel, en los tres años anteriores al momento de asumir el puesto y algunas otras de similar naturaleza. Si el Código Penal ya tipificó las conductas reprimibles en el ejercicio de la función pública y aún con ese catálogo represivo el problema va in crescendo, el asunto radica en el proceso interpretativo y aplicativo de las normas represivas frente a las exigencias probatorias; pero eso se lo dejamos a los penalistas.

Sobre la reforma a la Ley de la Contratación Administrativa, sus implicaciones y peligros

En el Congreso de la República se discute un proyecto -discusión ya muy avanzada- para la reforma a la Ley de la Contratación Administrativa, expediente 20.488, sobre el que primordialmente quiero referirme a tres de sus aspectos:

- a) sanciones a las empresas constructoras que incumplan con los contratos; este tema resulta relevante por las implicaciones económicas para todas las partes involucradas;
- b) criterios de oportunidad y conveniencia, y
- c) la creación de un Tribunal de la Contratación Administrativa.

a) Sobre las sanciones

Considero absolutamente necesario que la reforma legislativa relacionada con las sanciones en materia de contratación administrativa sea extensiva a otros elementos igualmente importantes para mantener el equilibrio entre las partes; pues, el hecho de que las obras sean de interés público, no limita la protección de los intereses privados que están constitucionalmente resguardados con particular acento.

Efectivamente, la conjugación de los artículos 45 y 46 de la Constitución Política debe ser una marca indeleble en esta tipología legislativa, pues a la libertad de contratación que postula el segundo numeral se agrega como elemento sustancial, la protección del patrimonio de la persona -física o jurídica- al tenor del 45 citado, donde la protección a los intereses o recursos públicos, de automática invocación por la Administración, no es una patente de corso para afectar los derechos y patrimonios privados.

Lo anteriormente expuesto se origina en una experiencia de más de dos décadas en los temas de contratación administrativa donde se presentan dos fenómenos que me permito comentar aquí:

- El primero de ellos es el nulo papel de la Contraloría General de la República con posterioridad a la confirmación del acto de adjudicación y del refrendo -cuando corresponde-.

- El segundo nefasto componente es la tiranía ejercida por los ingenieros (arquitectos) institucionales frente a los contratistas.

Existen otros factores capitales, sobre los que se hará referencia en detalle en otro momento, por ahora solamente se comentará que también es un elemento de mucho peso, la confabulación entre contratistas y profesionales institucionales para saquear el Erario a través de licitaciones o concursos a la medida, adjudicaciones amañadas y ejecuciones incompletas o distintas a las pactadas.

Sobre el vacío de acción de la Contraloría General de la República una vez adquirida la firmeza del acto de adjudicación y del refrendo -cuando procede- se tiene que en muchas ocasiones se plantean denuncias ante ese órgano de fiscalización y control, por múltiples incumplimientos contractuales incurridos por la Administración en detrimento de las finanzas públicas y -por supuesto- del contratista y la respuesta sistemática es rechazar toda intervención contralora bajo la premisa de que los efectos y consecuencias en el proceso de ejecución contractual son responsabilidad de la Administración activa, abdicando sus obligaciones contraloras de la hacienda pública.

Renunciar a su obligación legal y constitucional sobre la base argumental de que se trata de una responsabilidad directa de la Administración activa, es una conclusión simplista e innecesaria, porque está sobreentendida; lo que se demanda de la entidad contralora no es que asuma la responsabilidad, sino que fiscalice el comportamiento administrativo en el proceso de ejecución contractual -ante denuncia por supuesto- para determinar si se ajusta a los cánones del ordenamiento jurídico y al acuerdo suscrito, para, por un lado, suspender o detener la práctica dañosa en perjuicio tanto del contratista como del interés público y, luego, imponer las responsabilidades administrativas, civiles y penales contra los responsables.

La conducta pasiva de la Contraloría General de la República una vez pasado el proceso de verificación contractual, no parece ajustarse a lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Política, pues esta regla no diferencia las etapas en las que resulta posible la intervención, como tampoco lo dispuso el legislador en su Ley Orgánica; al contrario, el artículo 1 de esa legislación señala que: *“La Contraloría General de la República 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”*. El carácter de órgano constitucional fundamental que le confiere el ordinal 1 transcrito, implica que sus funciones y actividades resultan esenciales para el sostenimiento financiero del Estado a través de una fiscalización y control exhaustivos de los recursos públicos, no facultativo sino obligatorio.

De capital importancia para las observaciones jurídicas es el artículo 11 de la Ley orgánica citada, al señalar que la finalidad del ordenamiento de control y fiscalización superior son los de garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción; control de eficiencia que se reitera en el numeral 17 *ibid*, al establecer que la Contraloría General de la República ejercerá control de eficiencia.

Con base en esa conjugación normativa, la displicencia mostrada por el órgano de fiscalización y control, contraviene a su vez lo dispuesto en el artículo 11 de la Carta Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, pues el funcionario público está obligado a realizar todos los actos que la legislación expresamente le demanda, de manera que ante la omisión de investigar las denuncias presentadas contra Administraciones públicas en las etapas de ejecución contractual que tengan repercusiones en la hacienda pública, podría estar incurriendo en el delito de Incumplimiento de deberes, sancionado en el artículo 339 del Código Penal.

El necesario control a las decisiones administrativas con afectación a los recursos públicos tiene base entre muchos otros recaudos, en la Ley de la Contratación Administrativa con dos imposiciones particularmente claras: a) previo a contratar la Administración debe tener asegurado el contenido presupuestario para hacerle frente a la erogación, y b) la Administración tiene un plazo para pagar las facturas, el que una vez superado deriva en la obligación de pago de intereses.

Sobre la premisa anterior, resulta inaceptable que la Administración con la provisión presupuestaria predefinida -lo que en lenguaje abierto significa que el dinero está reservado- cancele las facturas con posterioridad a la fecha límite establecida por la ley, con el consiguiente pago de intereses por retardo. ¿Por qué permitírsele ese gasto adicional de recursos públicos en el pago de intereses si el presupuesto de la obra está previsto y separado para hacerle frente? ¿Por qué no verificar la motivación de esos retrasos financieros para determinar responsabilidades?

En la práctica cotidiana, la Administración paga extemporáneamente para hacerlo literalmente “cuando le plazca”, cuando al inspector o fiscalizador de las obras en representación de la Administración le parezca adecuado, lo que nos lleva al segundo elemento señalado anteriormente en relación con la tiranía de los profesionales institucionales en la etapa de ejecución contractual.

Debidamente documentado, un elevado porcentaje de los conflictos en esta materia es el comportamiento dictatorial de los ingenieros y arquitectos inspectores de las obras en representación de la Administración, cuya escasa formación en áreas distintas a la de su conocimiento profesional se evidencia cuando consideran que proteger los intereses públicos (cuando menos es el discurso oficial) consiste en resolver un contrato por defectos de mínimo alcance o de escasa o ninguna gravedad, sin considerar que una decisión de esa naturaleza implica una afectación mayor a los intereses públicos porque el nuevo procedimiento de “readjudicación de las obras” implicará un retraso mucho mayor que el supuesto atraso en que pudo incurrir el contratista original.

Esa dictadura institucionalizada es de tal envergadura, que se arrogan la potestad de imponer sus criterios y caprichos aun por encima de las condiciones técnicas requeridas y hasta alejadas de lo pactado, bajo la amenaza al contratista de no autorizar los pagos por los avances de obra hasta tanto no se les satisfaga, con el doble castigo en tanto la falta de pago o suspensión de obras, no tiene el correlativo aplazamiento de plazos de entrega.

Dentro de los innumerables casos documentados para este artículo, tres casos emblemáticos lustran la situación: en dos contratos con pagos estipulados por avance de

obra, el ingeniero municipal literal y expresamente le espetó al contratista que *“le pago cuando yo quiero porque el que manda soy yo y si quiere quéjese con el alcalde que de por sí él hace lo que yo le diga”* y efectivamente, el alcalde se sometió al capricho del ingeniero municipal; el segundo fue el de un contratista que ejecutó hasta un 95% de lo acordado, sin que el Estado le hubiese cancelado ninguna de las facturas presentadas por avance de obra, dado el incumplimiento de pagos del Estado se abstuvo de continuar con la ejecución en ese punto porcentual, ante lo que el inspector le inició un procedimiento de incumplimiento contractual; el tercero es el caso de un ingeniero de una universidad pública que en una construcción a 350 km de San José, convocaba al contratista para un día y hora específica para realizar la inspección y aprobación de facturas y no comparecía, sin ofrecer excusas ni disculpas, pero ante un atraso del contratista de 10 minutos de la hora convenida, decidía no aprobar facturas de avance por *llegar tarde*.

Es claro que la Administración debe dotarse de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los fines públicos a los que están dirigidas las obras contratadas, pero igualmente es imperativo que los contratistas tengan recursos idénticos cuando es a la inversa, a los que pueda recurrir en el mismo momento de la conducta administrativa dañosa; a través de soluciones inmediatas o cuando menos no tan retardadas como las jurisdiccionales, donde además debe luchar con las razones y esquemas psicológicos de los jueces, quienes ante la primera mención de las frases: *interés público, recursos públicos o finanzas públicas*, se pliegan como girasoles al perder la luz.

b) Sobre los criterios de oportunidad y conveniencia

La importancia de este segundo tema objeto de nuestras reflexiones es de elevadas cumbres, puesto que la contratación administrativa tiene la rareza jurídica que vincula formalmente a dos partes: la Administración y el contratista, pero envuelve a toda la colectividad que se convierte en parte interesada, incluso desde la perspectiva procesal.

En tesis de principio, las obras públicas están dirigidas a satisfacer una necesidad general, ya sea de toda la población -una autopista interprovincial- de una parte de ella -una carretera intercantonal- o un grupo indeterminado pero determinable de individuos -en el caso de las obras civiles cantonales-. Esa realidad genera un vínculo entre la Administración, los contratistas y los beneficiarios finales de los contratos públicos, aunado al hecho de que los recursos para financiar esas obras provienen de impuestos, tasas o contribuciones especiales.

En otros términos, implica que las obras públicas están financiadas con el dinero de los contribuyentes que es administrado por los funcionarios elegidos o nombrados en las distintas administraciones públicas; la decisión de contratar por un lado o de resolver un contrato por otro, es una conducta administrativa que debe estar adosada a una finalidad en función, en protección y en garantía de los intereses de esos contribuyentes y no de los intereses de la Administración o de los funcionarios.

Así, el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública dispone que se consideran intereses públicos, la suma de intereses coincidentes de los Administrados y agrega que cuando estos intereses están enfrentados con los intereses de la Administración, prevalecen los primeros. La norma ni siquiera alude a los intereses de los funcionarios, quienes son simples depositarios de la ley, al tenor de los artículos 11 de la Carta Política y 11 de la misma Ley General citada.

Frente a esa realidad jurídica, las profundas implicaciones sociales, económicas y jurídicas que alberga una decisión de resolver o rescindir un contrato, queda fuera del ámbito de decisión de un funcionario público carente de legitimidad democrática para decidir sobre los intereses de todos, quien precisamente por esa falta de representación está impedido de asumir esa responsabilidad, que le corresponde por el principio de representación, a quien la ostenta legítimamente.

En los contratos de obra pública los caprichos y el subjetivismo están descartados. Una decisión administrativa para resolver o rescindir un contrato debe estar precedida de una profunda valoración sobre lo conveniente u oportuna que pueda ser, porque, como se dijo, se debe considerar previamente los intereses coincidentes de los contribuyentes que constituyen los únicos intereses públicos a los que se debe abocar la Administración.

Esas valoraciones de oportunidad y conveniencia previas a una resolución o rescisión contractual devienen en una obligación jurídica, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, están prohibidos los actos que sean contrarios a esas reglas no jurídicas de la conducta administrativa.

En la contratación administrativa posiblemente más que en ninguna otra relación jurídica administrativa, aumentan las posibilidades de controlar la oportunidad y la conveniencia de las decisiones en la etapa de ejecución contractual, porque aumentan las oportunidades para la medición material de la conducta, son más amplias las perspectivas que en las conductas meramente formales.

Esa fácilmente cuantificable determinar la inoportunidad o inconveniencia para los intereses públicos de resolver un contrato cuando las obras civiles se encuentran en

un 90, 95 o 97 por ciento de avance, esto es, un 10, un 5 o un 3 por ciento requerido para su conclusión total, pero ante la realidad de los hechos, para obtener una decisión que declare esa inoportunidad o inconveniencia se requiere de un lento proceso judicial que finalmente resuelve sobre la indemnizaciones con desamparo a los intereses generales, y de ahí entonces, el tercer elemento de mis valoraciones, el Tribunal de Contratación Administrativa.

c) El Tribunal de Contratación Administrativa

Lo primero que sorprende es la reticencia a la creación de órgano de esta naturaleza, considerando su importancia en la economía del país, en la sana administración de los recursos públicos y en la prestación eficiente de los servicios públicos. Existen tribunales administrativos -cuya existencia es casi desconocida para el grueso de la población- cuyas decisiones son de escasa o ninguna relevancia social con impacto insignificante, y también se crearon tres superintendencias que representan una altísima carga financiera cuya actividad es intrascendente para el grueso de la población.

Por el contrario, a esos órganos desconcentrados señalados en el párrafo anterior, un Tribunal de Contratación Administrativa es esencial en un Estado donde más del 80% de las obras y servicios son contratados a terceros.

La realidad y la experiencia demuestran que los instrumentos actuales para la solución de los conflictos suscitados en la etapa de ejecución contractual con rapidez y eficiencia procedimental están muy lejos de las necesidades reales del momento histórico. En la práctica hay dos remedios que no han logrado satisfacer esa necesidad: los Tribunales Arbitrales cuando así se estipule en los contratos y el Tribunal Contencioso Administrativo -este último que es de aplicación general- pero en ninguno de los dos casos, se ofrece una solución satisfactoria para ambas partes de una relación contractual. En lo atinente a los tribunales arbitrales, los elevados costos de operación que desde su inicio deben ser cubiertos, y en segundo lugar, porque las decisiones de ambos -arbitrales y jurisdiccionales- están limitadas al resarcimiento en favor de la parte cumpliente, pero no del interés público, salvo en aquellos casos donde el diferendo no conduzca a la resolución contractual.

Se propone la creación de un órgano con potestades suficientes para enderezar la conducta de las partes contratantes especialmente en la etapa de ejecución contractual antes de la ruptura definitiva; un órgano que valore el conflicto de manera objetiva

y resuelva atendiendo a la satisfacción del fin propuesto y no únicamente al interés subjetivo. Las pretensiones administrativas de resolución contractual por incumplimiento (o alguna otra razón) serían conocidas por este órgano para que, en plazos cortos y sin suspensión de la ejecución contractual, decida la procedencia o improcedencia de la pretensión administrativa, mantenga la ejecución o autorice el procedimiento de resolución.

Se asegura la Administración el cumplimiento del objeto contractual o la indemnización de rigor y el contratista que las decisiones administrativas en relación con la ejecución contractual se ajusten a la licitación, a la oferta y al contrato, con total prescindencia de los criterios subjetivos de los inspectores o fiscalizadores que intervienen en nombre de la Administración.

De acuerdo con el refrán popular de que a grandes males grandes remedios, está visto que el panorama actual no favorece la eficiencia en el manejo de los recursos públicos ante decisiones de las partes sin responsabilidad real para ninguna con afectación inmediata y directa a los servicios colectivos sin visos de solución, mientras tras varios años de debates se decide sobre la responsabilidad de alguna de las partes, con una sentencia realmente carente de valor práctico para el ciudadano (al momento de escribir estas notas, un constructor entrevistado documenta que una escuela en San Carlos, terminada hace más de un año y lista para ser puesta al servicio de los niños de la localidad y la Administración no la recibe por el capricho de un ingeniero del MEP mientras los niños están desamparados).

Estoy consciente de la desaprobación general que se produce cada vez que se menciona la creación de una entidad u órgano público, porque se alude a más burocracia, pero en el caso propuesto, este nuevo Tribunal de la Contratación Administrativa no generaría una nueva carga presupuestaria porque la idea (que debe detallarse en el seno legislativo) es que se integre podando una “rama de la Dirección de la contratación administrativa” de la Contraloría General de la República, con la paralela reducción presupuestaria o más simple aún, desconcentrar esa oficina y constituir la en el Tribunal propuesto con competencias y potestades particulares y distintas a las que ahora realizan para descartar la duplicidad de funciones y costos, pero además, para obligarlos a proteger realmente los intereses comunitarios, por supuesto, sobra decir, que sus miembros también asumen la responsabilidad personal ante omisiones o acciones groseras dolosas o con culpa grave.

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

3

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

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 apareja 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 este 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 anterior⁶⁸, pero dejando en el Poder Ejecutivo su administración y disposición⁶⁹.

⁶⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica de 1859, artículo 90 inciso 5).

⁶⁹ *Ibíd.*, artículo 110 inciso 6).

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 Congreso⁷⁰, quedando siempre bajo la determinación del Poder Ejecutivo la disposición de los recursos, esto es, su distribución⁷¹; situación técnica-jurídica, sostenida en los mismos términos en las Constituciones de 1871 y 1917⁷².

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 su autonomía real⁷³.

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 Estado⁷⁴.

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

⁷⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica 1869, artículo 67 inciso X).

⁷¹ *Ibíd.*, artículo 107 inciso VI).

⁷² 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).

⁷³ 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.

⁷⁴ Ugalde Marin, 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.

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 su tesis, porque adolece de una serie de debilidades que se expondrán más adelante; no obstante como un pequeño adelanto sobre el desacuerdo, se señalan, prima facie, algunas de esas flaquezas: que sea un órgano constitucional no apareja de *ipso facto* una 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 legal impuesta a todos los órganos, entidades y funcionarios que recauden, custodien y administren 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 se tipificaron como delito, las conductas que incumplan esas cargas por acción u omisión⁷⁵.

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 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

⁷⁵ Véanse los artículos 352, 353 y 354 del Código Penal.

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 detalle⁷⁶.

El artículo 183 de la Carta Política establece que la Contraloría General de la República es una *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 comentada⁷⁷, el término *auxiliar* señalado en el artículo 183 de la Carta política, no necesariamente significa una condición de *apéndice*, porque bien podría considerarse que constituya un medio al que puede recurrir la Asamblea Legislativa en el ejercicio del control político, consustancial al Parlamento como lo son todas las organizaciones jurídico políticas que conforman el Estado; razón por las que esas lasitudes carecen de 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 esta 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, lo que encuentra 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Ugalde, op cit.

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.

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 desembocar en una sanción contra los jefes en caso de incumplimiento, de esta manera, las tareas asignadas representan una subordinación porque constituyen verdaderas obligaciones -ante 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 connotaciones⁷⁸, que hacen a su quehacer y no a su naturaleza jurídica.

Ha sido doctrina común en nuestro medio, aludir a la condición jurídica de la Contraloría General de la República, como uno de los primeros fenómenos de la descentralización administrativa, sin que por ello pierda su condición de órgano integrado a la Asamblea Legislativa⁷⁹, pero ello no es un fenómeno único de nuestro ordenamiento. En el Derecho Comparado se presenta el mismo fenómeno de integración al Parlamento, así la Constitución Política de Honduras dispone en su artículo 222:

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

“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 de la Hacienda Pública presente el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional y rendir a este 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 Estado⁸⁰, 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:

⁸⁰ 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”.*

"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 este.

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. Una 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, 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 poder⁸¹ 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 Política de Costa Rica, crea un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, como responsable de la confección del Presupuesto de la República, concediéndole potestades de incluir o excluir partidas; el artículo 178 *ibid*, dispone que el proyecto de presupuesto será sometido a conocimiento de la Asamblea Legislativa; el artículo 179 *ibidem* 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 180 en su párrafo segundo excluye a la Contraloría General de la República en la aprobación de las modificaciones presupuestarias decretadas por el Poder Ejecutivo en los recesos del Poder Legislativo, y finalmente, el artículo 181 *ibidem*, 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.

⁸¹ 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 este 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 pública⁸², 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 constitucional⁸³, es la motivación jurídica que nutre el ejercicio de la actividad de

⁸² 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.

⁸³ 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.

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 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.

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 oportunidad⁸⁴. 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 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 este 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.

⁸⁴ 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 ibídem, que exige mayorías calificadas de las leyes delimitantes del derecho consagrado.

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 desnaturaliza⁸⁵.

⁸⁵ 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 calificada⁸⁶ 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 autorizados⁸⁷ y por el otro, puede dictar los reglamentos que necesite para ser eficientes en el cumplimiento de sus fines⁸⁸.

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.

⁸⁶ 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”*.

⁸⁷ Artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política.

⁸⁸ Artículo 140, inciso 18) *ibíd.*

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; 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 pretenden⁸⁹. 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 finalidad 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.

⁸⁹ Dispone el inciso 6) del artículo 102 de la Constitución Política: *“Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes opara que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y ibertad 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”.*

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 ejercido⁹⁰.

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 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 por la Sala Constitucional:

"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 estos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-;
b.) En segundo, que solo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de estas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas, ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su "contenido esencial"-;

⁹⁰ 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.

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 solo 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 estas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley.⁹¹"

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 legislativa⁹².

⁹¹ Sala Constitucional, número 3173 de las 14 horas 57 minutos del 6 de julio de 1993.

⁹² 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.

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, las decretadas por el legislador ordinario, o bien, los reglamentos ejecutivos dictados por el Poder Ejecutivo. Confirma lo dicho, 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 estos con otros de su mismo linaje, siendo el órgano interno aquel que se relaciona con otros del Estado, y no con particulares extraños a este. 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 definitivamente⁹³.

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

⁹³ Ortiz, Otiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo I, San José, editorial Stradtman, primera edición, 1998, página 236.

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 control⁹⁴.

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 hacerlo⁹⁵. 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.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ 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.

Ahora bien, en no todas las relaciones de las personas con la Administración se encuentra en lisa 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 señalado, 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 expuesto, 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 cita⁹⁶; 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 sobra.

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

⁹⁶ 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."*

otorgó potestad sancionadora, sin que se definiera el órgano que las ejercería, 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”⁹⁷.

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 doctrina⁹⁸, el (la) Contralor (a) General puede 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 convalidación⁹⁹.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Véase lo señalado por el profesor Ortíz Ortíz, sobre el valor de los reglamentos autónomos, citado en páginas anteriores.

⁹⁹ 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.

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 competencia¹⁰⁰.

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 delegación¹⁰¹.

¹⁰⁰ Grdillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, Colombia, 1999, página VIII-30

¹⁰¹ *Ibíd.*

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 mismo acierto todas las cuestiones relativas a la competencia global de la misma¹⁰².

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 jurídica¹⁰³. 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 actor 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?

¹⁰² Otiz, Otiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, editorial Stradtman, San José, Costa Rica, 1998, página 433.

¹⁰³ Ortíz Ortíz, op cit.

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.

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.

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. Dicho lo precedente, la Contralora General de la República, en el ejercicio de sus potestades, emitió el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Contraloría General de la República¹⁰⁴ (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 administrativas, civiles 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.

¹⁰⁴ 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.

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) ibídem¹⁰⁵. 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 República¹⁰⁶, 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 fines¹⁰⁷.

En puridad jurídica, sería 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.

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.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ 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.

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 ella¹⁰⁸.

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.

¹⁰⁸ 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.

Los diputados tienen asesores y los magistrados *letrados*, pero aunque el grueso de trabajo de campo -o para utilizar un 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 nulidad¹⁰⁹.

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.

¹⁰⁹ El autor del artículo cuestionó ante la Sala Constitucional la validez del reglamento autónomo de procedimientos administrativos de la Contraloría General de la República, con resultados desfavorables, pero curiosamente, con ocasión de la orden de funcionarios de menor jerarquía de la Contraloría General al Poder Judicial para someterse a la regla fiscal, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y magistrado de la Sala Constitucional, cuestionó la validez de la decisión alegando que provenía de funcionarios de menor jerarquía incompetentes para dictar actos con potestades de imperio; precisamente, el argumento central de la acción rechazada. Se aplicó la regla de que todo lo que haga la Administración está bien, mientras los efectos recaigan sobre otros.

V.I.- 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 público¹¹⁰; sin embargo, la incorporación de nuevas formas de satisfacer las necesidades generales, ya no solamente por medios estrictamente públicos, sino través de una combinación de participaciones privadas, 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 empresa¹¹¹. 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 público¹¹².

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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.

¹¹² 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 este 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>..

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*, 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 efecto¹¹³. 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.

¹¹³ 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.

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 solo 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.

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 control y fiscalización de la Contraloría General de la República. Lo dicho 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 acudir igualmente al artículo 12 del último cuerpo legal mencionado. Ese 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 llamados *utilidades* serían los incorporados a los presupuestos señalados en los numerales 34 y 190, porque los demás dineros, solamente están en custodia o en 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 de los numerales citados:

“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 tuvieren, de conformidad con esta ley”.

Y lo confirma el numeral 57 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”.

A la consideración de tratarse de dineros privados 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 materia¹¹⁴. 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 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”¹¹⁵.

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 eficiencia¹¹⁶. 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*

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, número 6458 del 22 de setiembre de 1998.

¹¹⁶ 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.

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)”¹¹⁷.

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. Ciertamente, 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*¹¹⁸, 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, 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 producirlos.

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.

¹¹⁷ Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, número 6754 de las 15:36 horas del 23 de setiembre de 1998.

¹¹⁸ 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 otros, 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.

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 materia¹¹⁹.

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 económicas¹²⁰, 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.

¹¹⁹ Autoridad Presupuestaria, por ejemplo.

¹²⁰ Pueden verse entre otras, las sentencias 4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo de 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.

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 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 constitucional¹²¹.

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-.

¹²¹ Para esos otros trabajadores sin categoría de funcionarios públicos, el plazo sería el del artículo 603 del Código de Trabajo.

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 estatus 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 *ibídem*, 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 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 del 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, convenios de cooperación, asociaciones, 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 cuestión¹²².

¹²² 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.

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 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 se indica 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 este, están excluidas¹²³ . Más interesante resulta el artículo 13, que sustrae del control financiero del Estado, los recursos que administra el ICE, al establecer lo que sigue:

“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 superávit, ni compra de bonos; en general, no se podrá obligar al ICE y sus empresas a mantener depósitos en cuenta corriente, ni en títulos del gobierno.

En caso de distribución de excedentes a favor del ICE o sus empresas, generados por la prestación o comercialización de productos o servicios de electricidad, telecomunicaciones, infocomunicaciones y servicios de información, así como la comercialización de otros productos y servicios desarrollados o comercializados 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”.

¹²³ 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.º 7494, de 1º 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).

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 emita 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, directamente 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 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, señala:

“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 fines¹²⁴.

“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 ahora¹²⁵.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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.

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 desenfrenada 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.

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 estatus, como los tres poderes del Estado, 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.

Referencias bibliográficas

- Arland, Rodolfo, Ética Pública: teoría práctica, Revista Probidad, 6ª edición, Buenos Aires, enero-febrero-2000.
- Bidart Campos, German, El derecho de la Constitución y su fuerzan normativa, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.
- Boquera Oliver, José María, Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 7º edición actualizada, 1989.
- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Comadira, Julio Rodolfo, Acto Administrativo municipal, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1992.
- Forsthof, Ernest, Tratado de Derecho Administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
- García de Enterría, Eduardo, Revolución francesa y Administración contemporánea, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994.
- Garrido Falla, Fernando, Comentarios a la Constitución, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- González Camacho, Oscar, La justicia administrativa, tomo I, Instituto de investigaciones jurídicas S.A., San José, 2001.
- González Camacho, Óscar, La justicia administrativa, tomo II Instituto de investigaciones jurídicas, San José, 2002.
- Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Diké, 1999.
- Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, Colombia, 1999.
- Hauriou, André, Gicquel, Jean, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, édition Montchrestien, Paris, 1980.
- Jinesta Lobo, Ernesto, El principio constitucional de la libre contratación administrativa: desmitificación del voto 998-98 de la Sala Constitucional, Revista Iustitia, año 24, número 277-278.
- Kilsberg, Bernardo, El rediseño del Estado, una perspectiva internacional, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1996.
- Laubadère, André, Traité de Droit Administratif, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, septième édition, 1976,

- Locke, John, Ensayo sobre el Gobierno Civil, traducción de Amando Lázaro Ros, Editorial Aguilar, Madrid, 1973.
- Manfroni, Carlos, La convención Interamericana contra la Corrupción, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- Martínez Marín, A., El buen funcionamiento de los servicios públicos, Editorial Tecnos, Madrid.
- Moreno, Mariano, Decretos y Reglamentos de 1810, Buenos Aires, 1989.
- Ortiz Ortiz, E., Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, Editorial Stradtman, San José, 2000.
- Ortiz Ortiz, Eduardo, Costa Rica, Estado Social de Derecho, Revista de Ciencias Jurídicas número 29, San José, 1976.
- Ortiz Ortiz, Eduardo, La autonomía administrativa en Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas número 8, 1966.
- Ortiz Ortiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, tomo I, editorial Stradtman S. A., San José, 1998.
- Quiroga Lavie, Humberto, ¿Es eficiente el sistema normativo? Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- Rodríguez Arana, Jaime, Principios de ética pública ¿Corrupción o servicio?, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.
- Rodríguez Varela, Alberto, Ética y política, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1995.
- Rojas Chaves, Magda Inés, La eficiencia administrativa y la protección de los habitantes, Derecho Constitucional y Administrativo, Instituto de investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001.
- Romano, Santi, El ordenamiento jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- Romero Pérez, Jorge Enrique, Contratación Pública, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
- Saviano, Roberto, Gomorra, Milán, Arnoldo Mondadori Editore, 2006.
- Sesin, Domingo Juan, Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad, en Temas de Derecho Administrativo, Librería editora Platense, La Plata, 2003.
- Sesin, Domingo Juan, Administración Pública, Actividad reglada, discrecional y técnica, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Soros, George, La vérité sur la crise financière, Éditions Denoël, Paris, 2008.
- Tawil, Guido Santiago, Administración y Justicia, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993.

Troncoso Reigada, Antonio, Privatización, Empresa Pública y Constitución, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

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.

Vedel, George, Derecho Administrativo, traducción de Juan Rincón Jurado, 6° edición, Editorial Aguilar, Madrid, 1980.

Vedel, George, Droit Administratif, PUF, Col, Thémis, París, 7° edición, 1980

Otros

Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, Imprenta Nacional, San José, 1957, número 162. Tomo III, página 421, ponencia de Rodrigo Facio.

Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición, 2001, versión digital.

La ética, la integridad y la transparencia como pilares para la buena Administración Pública. (OCDE, 2009)

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.

Jurisprudencia constitucional

Sala Constitucional, voto 213-98.

Sala Constitucional, voto 245-98.

Sala Constitucional, voto 752-93 de las 16:18 horas del 15 de febrero de 1993.

Sala Constitucional, voto 752-93 de las 16:18 horas del 15 de febrero de 1993.

Sala Constitucional, voto 3173 de las 14 horas 57 minutos del 6 de julio de 1993.

Sala Constitucional, voto 7419-97 de las 10:15 horas del 11 de noviembre de 1997.

Sala Constitucional, voto 7419-97 de las 10:15 horas del 11 de noviembre de 1997.

Sala Constitucional, voto 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

Sala Constitucional, voto 6458 del 22 de setiembre de 1998.

Sala Constitucional, voto 6754 de las 15:36 horas del 23 de setiembre de 1998.

Sala Constitucional, voto 2993-2000 de las 15:28 horas del 12 de abril de 2000.

Sala Constitucional, voto 3872-00 de las 10:57 horas del 9 de mayo de 2000.

Sala Constitucional, voto 3872-00 de las 10:57 horas del 9 de mayo de 2000.
Sala constitucional, voto 4453 de las 14:56 horas del 24 de mayo de 2000.
Sala Constitucional, voto 5925-2000 de las 9:16 horas del 14 de julio de 2000.
Sala Constitucional, voto 10997 de las 08:35 horas del 13 de diciembre de 2000.
Sala Constitucional, voto 1396-01 de las 14:57 horas del 14 de febrero de 2001.
Sala Constitucional, voto 1396-01 de las 16:57 horas del 14 de febrero de 2001.
Sala Constitucional, voto 11946 de las 15:59 horas del 21 de noviembre de 2001.
Sala Constitucional, voto 7966 de las 16:59 horas del 31 de mayo de 2006.
Sala Constitucional, voto 17440 de las 19:38 horas del 29 de noviembre de 2006.

César Hines Céspedes es Doctor en Derecho con especialidad en Derecho administrativo y el Derecho constitucional. Ha sido profesor de la Universidad de Costa Rica y de la escuela Libre de Derecho; ha ejercido en forma liberal la profesión por más de 32 años. En sus principales publicaciones se encuentran Reflexiones sobre el recurso de casación en el proceso contencioso administrativo, Editorial Universidad de Costa Rica-Marzo-2006; La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica, Editorial Mundo Grafico S.A. Setiembre-2007; El procedimiento administrativo: Nuevo paradigma para su finalidad, Editorial Isolma S.A. 2009; La legitimidad del Estado, Editorial Jurídica Continental-2016. Además, ha publicado más de 45 ensayos y artículos en prestigiosas revistas nacionales e internacionales.