

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE INTERPONE CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD

SEÑORES (AS) MAGISTRADOS (AS):

Quien suscribe, **MARTA EUGENIA ACOSTA ZÚÑIGA**, mayor, casada, máster en Gestión y Finanzas Públicas, vecina de Sabanilla de Montes de Oca, portadora de la cédula de identidad 6-0146-0579, en mi carácter de **CONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, según nombramiento efectuado por el Plenario de la Asamblea Legislativa en sesión extraordinaria n.º 40 del 28 de abril de 2020, para el período comprendido entre el 8 de mayo de 2020 al 7 de mayo de 2028 y juramentada en la sesión extraordinaria n.º 41 del 30 de abril de 2020 -según consta en el acuerdo 6789-19-20 publicado en La Gaceta n.º 104 del 8 de mayo de 2020-, interpongo consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de ley expediente n.º 24.364 denominada "*Ley Jaguar para el desarrollo de Costa Rica*", tramitado ante el Tribunal Supremo de Elecciones en el expediente n.º 205-2024.

I

LEGITIMACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA CONSULTA PLANTEADA

La legitimación para la interposición del presente asunto deriva de lo que establece el numeral 96 inciso c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que concretamente indica, en lo que interesa, lo siguiente: "(...) **Artículo 96- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos e iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades, en los siguientes supuestos: (...)c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.**(...)" -el resaltado no corresponde al original-. Así como lo establecido en el numeral 98 de la citada norma, la cual indica en su párrafo final lo siguiente: "(...) *En el caso de las iniciativas de referéndum, la consulta deberá plantearse antes de la autorización de recolección de firmas del Tribunal Supremo de Elecciones en el caso de la modalidad de iniciativa ciudadana y antes de la convocatoria a referéndum para las demás modalidades.*".

Además al ser el objeto de la presente consulta de constitucionalidad el proyecto de ley n.º 24.364, el cual se está realizando mediante la modalidad de **referéndum de iniciativa ciudadana**, no aplica lo indicado en la sentencia n.º 17547 de las 8 horas 37 minutos del 27 de junio de 2024, siendo que en este escenario -iniciativa ciudadana

mediante recolección de firmas- resulta imposible someter el proyecto de ley a aprobación en primer debate y, con fundamento en el numeral 96 inciso c) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Contraloría General de la República tiene legitimación para presentar la consulta de constitucionalidad, particularmente por el objeto propio de reforma del proyecto de ley en estudio, que involucra directamente sus competencias constitucionales.

Adicionalmente, no aplica en el caso en análisis la mencionada sentencia, por varios aspectos: **1.** La presente consulta que realiza este Órgano Contralor es en cuanto a la modalidad **de referéndum por iniciativa ciudadana** tramitado ante el Tribunal Supremo de Elecciones en el expediente n.º 205-2024, quiere decir que no podría exigirse el requisito de contar el proyecto de ley con aprobación en primer debate, pues no es parte del trámite de esta modalidad. **2.** No encuentra este Órgano Contralor sustento en cómo su legitimación para presentar consultas de constitucionalidad, la cual claramente se desprende del encabezado del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que establece: “(...) *Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos e iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades, en los siguientes supuestos:(...)*”, se podría ver afectada negativamente por un acto que corresponde a un órgano distinto, como sería la aprobación en primer debate por parte de los diputados. **3.** Tampoco sería razonable que tratándose de una iniciativa que pretende modificar sus competencias constitucionales y legales, se le niegue a este órgano la posibilidad de formular consulta ante la Sala Constitucional, si precisamente cuando existe esta potencial afectación es que dicha alternativa se habilita en la referida Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Por lo expuesto, en mi condición de Contralora General de la República interpongo la presente consulta de constitucionalidad de la iniciativa ciudadana proyecto de ley expediente n.º 24.364 denominada “*Ley Jaguar para el desarrollo de Costa Rica*”, tramitado ante el Tribunal Supremo de Elecciones en el expediente n.º 205-2024, donde claramente se afectan, tal y como se desarrollará más adelante, competencias constitucionales del Órgano Contralor, lo cual hace que se cumplan los requisitos de admisibilidad para su interposición.

II PROPUESTA NORMATIVA CUESTIONADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Se cuestionan por inconstitucionales los siguientes numerales del contenido de la iniciativa ciudadana tramitada bajo el expediente n.º 24.364 denominada “*Ley Jaguar para el desarrollo de Costa Rica*” :

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

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

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

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

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

“Artículo 12. Órgano rector del ordenamiento. De conformidad con el artículo 11 de la Constitución Política es claro que la Contraloría General de la República en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones no podrá sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutora, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa. (...)”

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

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

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

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

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

“Artículo 22.- Potestad de investigación. (...) En ningún caso el ejercicio de esta potestad suspenderá la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, suspensión que solamente podrá efectuarse mediante la respectiva orden judicial de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable al caso.”

ARTÍCULO 7.- REFORMA DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE CONTROL INTERNO, LEY No. 8292 DE 4 DE SETIEMBRE DE 2002 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 9 de la Ley de Control Interno, Ley No. 8292 de 4 de setiembre de 2002 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

“Artículo 9.- Órganos del sistema de control interno. La administración activa y la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a esta ley serán los componentes orgánicos del sistema de control interno establecido e integrarán el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública a que se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República únicamente podrá actuar a posteriori de las actuaciones administrativas para garantizar su legalidad”.

ARTÍCULO 8.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LEY N°9986 DE 27 DE MAYO DE 2021 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, Ley N°9986 de 27 de mayo de 2021 y sus reformas para que se lea de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 67- Compra y arrendamiento de bienes inmuebles. La Administración podrá comprar y tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin emplear procedimientos ordinarios, para lo cual se requerirá en todos los casos lo siguiente: a) Estudio que demuestre que la opción seleccionada es la más rentable y viable. Para ello, se pueden utilizar los instrumentos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). b) Avalúo elaborado por el órgano especializado de la Administración respectiva, o en su defecto por la Dirección General de Tributación u otra entidad pública competente que defina el valor del inmueble o el precio del arrendamiento. c) Estudio de mercado de las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento, que lleve a determinar la idoneidad del bien que se pretende adquirir o arrendar. d) Acto motivado adoptado por el máximo jerarca de la institución involucrada. Tal acto deberá tener como fundamento todo lo indicado en los incisos anteriores. De no cumplirse alguno de los anteriores requisitos deberá promoverse el procedimiento de contratación que por monto corresponda. El arrendamiento de bienes inmuebles se regulará por la Ley N°7527, Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, de 10 de julio de 1995. Su plazo y sus prórrogas contractuales se establecerán de acuerdo a la ley N°7527, siendo su plazo máximo hasta por 30 años. Para el reajuste de la renta o precio se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 de la citada ley. La calificación contable del contrato de arrendamiento deberá cumplir con las normas y principios de contabilidad según corresponda. Cuando se trate de un arrendamiento financiero, será aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de esta Ley. La Administración podrá adquirir o arrendar inmuebles por construir, en proceso de construcción o construidos, de acuerdo al interés público. En estas compras o arrendamientos, la Administración podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general. Es permitido el arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o construidos sobre terrenos públicos, sean éstos propiedad de la administración arrendataria o de cualquier otra entidad pública. En ningún caso, la

propiedad de un terreno público, bajo este supuesto, pasará a ser del arrendante durante el plazo del contrato o cuando éste finalice. Las entidades públicas propietarias de los terrenos podrán otorgar derechos de uso a terceros, a fin de satisfacer el interés público. Estos derechos de uso no deben exceder el plazo de 30 años”.

ARTÍCULO 9.- REFORMA AL ARTÍCULO 5 BIS DE LA LEY ORGÁNICA DE JAPDEVA (JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA), LEY N.º3091 DE 18 DE FEBRERO DE 1963 Y SUS REFORMAS.

Modifíquese el artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), Ley N°3091 de 18 de febrero de 1963 y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:

“Artículo 5° bis. JAPDEVA tendrá dentro de sus competencias: a) Acordar alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial, con entidades públicas o privadas para desarrollar inversiones de infraestructura, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y cualquier otra actividad relacionada con las competencias de JAPDEVA. b) Incluir bienes inmuebles propiedad o bajo administración de las partes en las alianzas estratégicas, con excepción del patrimonio natural del Estado, así como el desarrollo de la infraestructura necesaria para alcanzar los objetivos de la alianza. Los términos y las condiciones generales de las alianzas estratégicas se definirán reglamentariamente por parte del Consejo de Administración de JAPDEVA. El plazo máximo de cualquier alianza estratégica será de 50 años. La reglamentación que emita el Consejo de Administración de JAPDEVA deberá regular los procedimientos y requisitos para seleccionar los aliados estratégicos.”

III.- SOBRE EL FONDO

A.- IMPOSIBILIDAD DE SOMETER A REFERÉNDUM EL PROYECTO DE LEY TRAMITADO BAJO EL EXPEDIENTE N.º 24.364

I. Sobre las materias objeto de referéndum.

Ante una iniciativa de referéndum lo primero que debe ser considerado es si su contenido puede o no ser sometido a ese mecanismo, ya que la Constitución Política dispone límites expresos -aunque no taxativos¹- que de violentarse obligarían a un rechazo

¹ La Sala Constitucional en resolución No. 13.313-2010 incluyó dentro de las limitaciones de temas objeto de referéndum el de derechos humanos y derechos de las minorías, en dicha resolución manifestó que: “(...) Una interpretación meramente gramatical o literal de la Constitución Política, puede llevar a concluir que el referéndum tiene como únicos límites los proyectos de ley en “materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa” que enuncia el artículo 105, párrafo 3°, de la Constitución. Empero, una hermenéutica sistemática y finalista de las normas constitucionales, conduce, irremisiblemente, a concluir que los límites a la potestad legislativa impuestos por el párrafo 1° del numeral 105, resultan, igualmente, aplicables, por identidad de razón, a los procesos de referéndum para aprobar una ley”.

e inmediato archivo². Uno de esos límites explícitos es la **materia presupuestaria**. Específicamente, el artículo 105 de la Constitución Política dispone que:

*“La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. (...) El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución (...) El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a **materia presupuestaria**, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. / Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa”* (el destacado es nuestro).³

Por otra parte, el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) en su sentencia n.º 790-E-2007 de las 13:00 horas del 12 de abril de 2007 manifestó que, si bien, la restricción establecida en el artículo 105 de la Constitución Política no es aplicable en casos de materias prohibidas, resultaría posible su uso cuando la ley que se someta a referéndum tengan alguna implicación relativa a las materias restringidas siempre que no corresponda a su esencia. Para ejemplificar esto, conviene señalar el caso del referéndum del Tratado de Libre Comercio (TLC), en el cual el TSE señaló lo siguiente:

*“(...) la limitación de admisibilidad contenida en el artículo 105 constitucional, no resulta aplicable a la posible aprobación o improbación del TLC por vía de un referéndum, ya que, **a pesar de contener este algunas disposiciones en relación con materias sustraídas de tal posibilidad, estas son accesorias o instrumentales en relación con la consecución del objetivo y fin propios de un tratado de libre comercio; interpretación que, desde luego, es coherente con las exigencias interpretativas derivadas del principio pro participación que, entre otra cosas, obliga a interpretar restrictivamente el régimen de exclusiones previsto en esa disposición constitucional, tal y como se detalló en el segundo considerando de esta sentencia**”*. El destacado es nuestro.

Es decir, que la viabilidad dispuesta por el TSE de ninguna manera pretende desconocer los límites constitucionales vigentes en cuanto a la posibilidad de incorporar leyes o derogarlas vía referéndum, sino que su análisis no puede ser ampliativo y de contener la iniciativa referencia a materias expresamente excluidas, esta sólo puede ser “accesoria o instrumental” lo que en el presente caso **no se da** porque al ser la aprobación

² En ese sentido, véase resolución del TSE No. 2199-E9-2008 de las 14:05 horas del 17 de junio en la cual se rechazó de plano una iniciativa ciudadana por estar vinculada a materia de seguridad.

³ Tales límites son contemplados casi con idéntica redacción en la Ley n.º 8492 “Regulación del Referéndum” salvedad hecha que en lugar de “materia” se refiere a “materias” para reafirmar que son distintos tópicos los que no pueden ser sometidos a referéndum

presupuestaria un control previo y suprimirse éste, el **impacto es frontal y directo**, nunca tangencial.

Además, en cuanto a las condiciones y límites del principio pro participación versus las materias excluidas del referéndum, el TSE indicó lo siguiente a propósito de una solicitud tendiente a reformar varias normas de su propia Ley Orgánica, del Código Electoral y del Código Penal:

“Si bien el principio pro participación está residenciado en la Carta Magna, y ha sido tutelado por este Tribunal para que el pueblo soberano ejerza sus funciones de legislador común, es lo cierto que ese principio, en el caso bajo análisis, cede ante valores superiores que son fuente del sistema normativo constitucional como el comentado valor de independencia y los valores de orden y seguridad jurídica que no solo le transmiten al régimen electoral costarricense su propia lógica dentro de un Estado democrático de Derecho sino que protegen y hacen prevalecer las normas y principios de rango constitucional.” (Resolución n.º3280-E9-2011 de las 15:45 horas del 28 de junio, págs. 16 y 21). Los destacados son nuestros.

Las materias vedadas al referéndum son entonces las enlistadas de manera expresa en el artículo 105 de la Constitución Política, las cuales además han sido ampliadas en casos particulares. Tales materias podrían ser tangencialmente impactadas por una iniciativa sometida a este mecanismo de democracia semi directa, siempre y cuando no se afecten valores y principios constitucionales ni el marco de distribución de competencias y funciones contemplado en la Constitución Política, en suma, del equilibrio entre los Poderes y otros órganos constitucionales del Estado. Lo anterior en procura de un sano y necesario equilibrio entre las exclusiones y el principio pro participación ciudadana.

La presente iniciativa **incumple** con lo dispuesto en el citado artículo 105 de la Constitución Política al ingresar en materias prohibidas para ser decididas vía referéndum, al eliminar por completo el control previo y con ello la aprobación presupuestaria, además de afectar la distribución de competencias constitucionalmente otorgadas a la Contraloría General de la República, lo que en ningún supuesto podría calificarse de accesorio.

Sobra indicar que la suerte de un proyecto que incluye materias vedadas al referéndum, tanto por eliminar la aprobación presupuestaria del sector descentralizado, como se verá más adelante, como por afectar la distribución de competencias entre órganos de naturaleza constitucional, es inconstitucional, debido a la naturaleza del vicio que afecta el proyecto en general. No se trata de aspectos de forma, que puedan ser corregidos durante el trámite sino que se está ante la violación del marco constitucional.

II. **Sobre la inconstitucionalidad de someter a referéndum el proyecto de ley n.º 24.364 -Expediente TSE n.º 205-2024-**

Como se desarrolló en el apartado anterior, para que un proyecto de ley pueda ser sometido a referéndum se debe valorar su contenido, en tanto no resultaría admisible por esta vía si el proyecto de ley incluye alguna de las materias prohibidas por el artículo 105 de la Constitución Política o afecta valores, principios o el marco de distribución de competencias y funciones contemplado en la Constitución Política.

En el caso concreto de la presente iniciativa, interesa destacar que la materia **presupuestaria** corresponde a un asunto excluido de ser reformado vía referéndum, de conformidad con el artículo 105 de la Constitución Política y artículo 2 de la Ley n.º 8492, Ley sobre Regulación del Referéndum, y este proyecto de ley impacta de forma directa esa materia, planteando reformas que de aprobarse tendrían además una repercusión en las competencias de un Órgano Constitucional, como lo es la Contraloría General de la República, lo cual se traduce en un cambio estructural del modelo de distribución de funciones establecido por el constituyente para el Estado de Derecho Costarricense; tal y como se explicará a continuación.

El proyecto de ley -en sus artículos 2 y 3- propone reformar, entre otros, los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (en adelante LOCGR), Ley n.º. 7428, modificando aspectos esenciales sobre la finalidad, alcance e instrumentos del ordenamiento de control y fiscalización superior, suprimiendo el control de legalidad de los controles internos y eliminando la posibilidad de evaluar previamente la gestión administrativa. Además, -en el artículo 7 del proyecto de ley 24.364- se plantea una reforma al artículo 9 de la Ley General de Control Interno (en adelante LGCI), Ley n.º. 8292, para que la actuación de la CGR se dé **únicamente a posteriori**.

Así, la pretendida reforma conlleva la **eliminación de todos los controles previos** que ejerce el Órgano Contralor, dentro de los cuales se encuentra la aprobación de los presupuestos de las municipalidades, entidades autónomas y en general del sector descentralizado, competencia que le fue asignada en los artículos 175 y 184 de la Constitución Política, así como en el numeral 18 de la LOCGR.

Cabe mencionar que dicho modelo de aprobación presupuestaria, como control previo, fue ideado por el constituyente originario como una forma de evitar la intromisión política del Poder Ejecutivo en el cumplimiento de los fines y objetivos encargados a esas entidades, con la participación de la CGR como un órgano técnico, independiente y de rango constitucional. Al respecto, conviene citar al constituyente Facio Brenes durante su intervención del 6 de octubre de 1949, en la que hizo uso de la palabra y señaló: *“Nosotros pretendemos acabar con esa práctica puramente formal y, además, con el peligro de una arbitrariedad ministerial, haciendo que los presupuestos de esas instituciones autónomas vayan para su estudio y aprobación a la Contraloría General la que tendrá a su cargo, la decisión final sobre los mismos, así como la fiscalización de su ejecución y su liquidación”*⁴. El destacado no corresponde al original.

⁴ Ver Acta n.º 162 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949.

Es así como la aprobación presupuestaria se constituye en un control previo, en tanto se lleva a cabo **antes** de la realización de las operaciones financieras o administrativas de las instituciones⁵; y se ejecuta como parte del ciclo presupuestario que consiste en un conjunto de fases continuas, dinámicas, participativas y flexibles, mediante el cual se formula, aprueba, ejecuta, controla y evalúa la gestión institucional, en sus dimensiones físicas y financieras, de conformidad con el bloque de legalidad y la técnica presupuestaria⁶.

Más propiamente, la aprobación presupuestaria comprende el conjunto de normas y procedimientos técnicos, legales y administrativos, mediante la cual la autoridad competente, en este caso la Contraloría General de la República, conoce, estudia y se pronuncia sobre el presupuesto formulado, en función de su conformidad con la planificación anual, el cumplimiento de las disposiciones del bloque de legalidad y la técnica que le es aplicable, otorgándole la eficacia jurídica que el presupuesto institucional requiere para su ejecución.

Por lo que, indudablemente, el proyecto de ley en cuestión contempla de forma esencial, y no de forma instrumental o accesorio, materia presupuestaria, específicamente el procedimiento de aprobación dispuesto desde la Constitución para el sector público descentralizado, e implicaría un cambio en el marco de distribución de funciones establecido en la Constitución Política; aspectos que llevan a concluir que la presente iniciativa incumple los requisitos sustantivos dispuestos en el artículo 105 de la Constitución Política, razón suficiente para disponer su correspondiente archivo.

Así también, al tratarse el proyecto de ley en cuestión de una reforma que pretende una modificación -disminución y debilitamiento- del modelo de control de la Hacienda Pública constitucionalmente establecido por el constituyente de 1949, el cual a su vez se fundamenta en principios constitucionales como lo son la división de poderes, transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción⁷, este último que incluso atiende a compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Costarricense⁸, es

⁵ INTOSAI. Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización. 1977. Artículo 2.1.

⁶ Contraloría General de la República, Normas Técnicas sobre Presupuesto Público (N-1-2012-DC-DFOE), Norma 3.1.

⁷ En cuanto a este aspecto no hay que olvidar que la misma Sala Constitucional ha establecido que: *"(...) En esencia, la Contraloría General de la República es el órgano encargado de ejercer un control de legalidad en el manejo de los fondos públicos, lo cual, consecuentemente, coadyuva en la prevención y combate de la corrupción y de los abusos de poder en la gestión pública.(...)"*, resolución n.º 02396 - 2018 de la Sala Constitucional.

⁸ Costa Rica suscribió en el año 1996, la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada en Ley n.º 7670 de 28 de abril de 1997). En 2003, suscribió la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ratificada en Ley n.º 8557 de 9 de enero del 2007). En 2015 se suscribió la Agenda 2030: Objetivos de Desarrollo Sostenible (ONU), Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en relaciones comerciales internacionales de la OCDE (ratificada en la Ley n.º 9540 del 11 de mayo de 2017). El Compromiso de Lima sobre "Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción" suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno del hemisferio, en la VIII Cumbre de las Américas, Lima, 14 de abril de 2018. Recomendación de la OCDE sobre Integridad Pública (2017).

evidente que se trata de un tema sobre el que no resulta viable constitucionalmente realizar un referéndum, pues trastoca parte del **núcleo duro del sistema democrático de frenos y contra pesos** establecido en la Carta Fundamental costarricense, siendo la Constitución Política en sí misma el límite para realizar el referéndum⁹.

En el caso concreto de la Contraloría General, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el diseño del control resulta parte fundamental del sistema democrático, al explicar que: “(...) *no puede realizarse un vaciamiento de las competencias que le fueron conferidas al órgano contralor por el constituyente originario, pues se distorsionaría el rol que este último quiso otorgarle y se diluiría, consecuentemente, su razón de ser(...)*”. Sentencia n.º 02396-2018 de la Sala Constitucional. Por lo cual, pretender eliminar, suprimir o disminuir las funciones que le han sido asignadas al órgano contralor, sería afectar el Estado Social y Democrático de Derecho, y por lo tanto, el deterioro de los derechos y libertades de los costarricenses, así como una afectación -negativa- de una de las funciones esenciales del Poder Legislativo, como lo es el control político a cargo del Plenario Legislativo y de las Comisiones Legislativas; es decir, mermar las atribuciones de la Contraloría General de la República, sin duda alguna tendrá como consecuencia inmediata una reducción importante de insumos y productos que son necesarios para el control político de la Asamblea Legislativa, todo lo cual redundará en una afectación al sistema democrático costarricense.

Por lo expuesto, este Órgano Contralor concluye de manera categórica que el mecanismo de referéndum no resulta posible para el trámite del proyecto de ley bajo análisis, en el tanto se pretende una modificación en materia presupuestaria -materia expresamente excluida por el numeral 105 de la Constitución Política- y un cambio

La “Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública”, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), aprobada por la XVIII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Antigua, Guatemala, 26 y 27 de julio de 2018. El Plan de Acción de la OCDE para América Latina y el Caribe: “Integridad para el buen gobierno en América Latina y el Caribe”, suscrito en su séptima reunión en Lima, Perú, el 19 de octubre de 2018.

⁹ Sobre el particular, bien explica el Tribunal Constitucional Español que todos los poderes constituidos, incluido, por supuesto, la posibilidad de realizar referéndum, se encuentran sujetos a la Constitución Política y a lo plasmado por el constituyente, puntualmente reconoció: “(...) *la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente [formalizado en la Constitución] la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidos por aquél*” [STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 4; en análogos términos, SSTC 15/2000, de 20 de enero, FJ 3, y 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 8.a)]. (...)” Tribunal Constitucional Español, sentencia n.º 114/2017. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25470>. Asimismo, el Tribunal Constitucional Español al analizar el tema, de manera acertada concluyó: “(...) *En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución (...) requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella (...) La primacía incondicional de la Constitución también protege el principio democrático, “pues la garantía de la integridad de la Constitución ha de ser vista, a su vez, como preservación del respeto debido a la voluntad popular, en su veste de poder constituyente, fuente de toda legitimidad jurídico-política (...)*” Tribunal Constitucional Español, sentencia n.º 259/2015. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/24722>

sustancial del núcleo duro de las competencias de un órgano constitucional, lo cual se traduce en un cambio estructural del modelo de Estado de Derecho Costarricense.

B.- DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS PLANTEADAS

I. El modelo de control de la Hacienda Pública en la Constitución Política y su afectación con el proyecto de ley n.º 24.364

Sin perjuicio de los argumentos expuestos anteriormente y de lo que en adelante se dirá, para la Contraloría General el referéndum es un valioso mecanismo democrático de participación ciudadana en decisiones de la máxima relevancia para el país, una conquista dentro de los recaudos dispuestos por los Constituyentes, los cuales la iniciativa en comentario desconoce. Evidenciar los vicios del proyecto no es, bajo ningún supuesto, negar que el marco normativo de la entidad pueda ser revisado, ni menos afectar el derecho de la ciudadanía de pronunciarse, y ello debe ser señalado con la misma valentía y contundencia con la cual cuidamos de la Hacienda Pública. Respetar normas constitucionales es un deber, no una opción, y ninguna iniciativa que pretenda desconocerlo puede llevar al país a un mejor lugar.

La reforma planteada impulsa un debilitamiento del sistema de frenos y contrapesos del sistema democrático que fue establecido por el constituyente. Muestra de lo anterior, es que en la Asamblea Constituyente de 1949, en el acta 162, se indicó por parte del diputado constituyente **Facio Brenes**: “*la Contraloría es el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y la liquidación del presupuesto*”, afirmándose así que el Órgano Contralor es uno de los pilares fundamentales para el sistema democrático costarricense, ya que contribuye a fortalecer los objetivos de la democracia moderna y complementa -junto con el TSE- a la tradicional separación de funciones de los Poderes, pues las funciones de control y fiscalización son un elemento fundamental para el efectivo ejercicio del control político por parte de la Asamblea Legislativa.

Por otra parte, es esencial recordar que las competencias de fiscalización del Órgano Contralor, en palabras de la Sala Constitucional, no pueden ser objeto de reforma por parte del legislador ordinario, a saber, puntualmente y de forma reiterada se ha indicado que: “*(...) el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, (...)*”. Sentencia 998-98¹⁰ de la Sala Constitucional. Esto incluso por una razón fundamental, que es la garantía constitucional de absoluta independencia atribuida a la Contraloría General de la República, lo cual se traduce en que cualquier reforma -no constitucional- que pretenda cercenar competencias del Órgano Contralor, es en sí misma inconstitucional por violentar el diseño de fiscalización y de distribución de competencias constitucionalmente dispuesto.

¹⁰ Posición que ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 05292-2001, 07044-2002, 03683-2003, 8461-2004, 6611-2007, 14974-2015, entre otras.

Es decir, en cuanto a las competencias del Órgano Contralor lo que podría hacer el legislador común y, en consecuencia, también el ciudadano vía referéndum -reforma legal-, es ampliar, potenciar, extender las competencias constitucionales de control de la Hacienda Pública; pues, de la sentencia supra transcrita, se puede concluir que existe una protección constitucional del control de la Hacienda Pública y un **principio de no regresión** a nivel legal en funciones de control, esto por ser parte fundamental del diseño de Estado democrático que planteó el Constituyente de 1949. Cualquier otra modificación debe transitar entonces por la reforma constitucional.

Por su parte, también, como fundamento de la función constitucional de resguardo de la Hacienda Pública, las funciones encomendadas a la Contraloría General de la República tienen como sustento el **derecho de la ciudadanía de controlar cómo se administran los recursos públicos**, de esta forma lo reconoció la Sala Constitucional al manifestar de forma categórica: “(...) *El sistema de fiscalización contenido en la Constitución Política y desarrollado por el legislador va más allá del "control de legalidad", pues se trata de garantizar la adecuada administración de los fondos públicos. La función de vigilancia tiene como fundamento el derecho de los ciudadanos de evaluar cómo se están administrando los recursos públicos que han sido confiados al Estado. (...) Evidentemente, tratándose de fondos públicos no debe existir límite alguno a ese "cuidado y atención exacta". Todo lo contrario, una vez otorgada la potestad de vigilancia ésta ha de entenderse en el más amplio sentido de la palabra, excepto disposición contraria al respecto y debe potenciarse su efectividad a través de mecanismos que aseguren su cumplimiento.(...)*”. Sentencia n.º 6611-2007 de la Sala Constitucional.

Obsérvese que la misma Sala Constitucional en la sentencia anteriormente citada, señala varios aspectos fundamentales del modelo de control de la Hacienda Pública establecido en la Constitución Política y encomendado a la Contraloría General de República que cobran muchísima relevancia cuando se analizan las modificaciones normativas que se pretenden mediante el proyecto de ley tramitado bajo el expediente n.º 24.364.

La Sala Constitucional establece que el sistema de fiscalización contenido en la Constitución Política y desarrollado por el legislador va más allá del control de legalidad, pues se trata de garantizar la adecuada administración de los recursos públicos. Es decir, **la efectiva vigilancia de los recursos públicos, no puede limitarse a un control de legalidad**, por lo que **se impone la necesidad del control de eficiencia** que en todo caso también ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional¹¹. Se señala

¹¹ “(...) *En efecto, la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República, **que entre otras funciones y competencias, debe encargarse del control de la eficiencia de la Administración (artículo 17 de su ley Orgánica)**, de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de un numeroso grupo de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibid) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias anuales de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada), la faculta para establecer y uniformar, mediante reglas y condiciones de*

también que esa función de vigilancia encomendada al Órgano Contralor, que se entiende como cuidado y atención exacta de los fondos públicos, está inescindiblemente vinculada con el derecho de la ciudadanía de evaluar cómo se están administrando dichos recursos, esa potestad de vigilancia encargada a la Contraloría General debe entenderse en el más amplio sentido de la palabra porque debe potenciarse su efectividad por medio de mecanismos que verdaderamente aseguren su cumplimiento.

II. Disminución de las funciones asignadas constitucionalmente a la Contraloría General de la República

De la lectura de los cambios que se pretenden, particularmente de los artículos 11, 12 y 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General -numerales 2, 3 y 4 del proyecto de ley n.º 24.364-, se evidencia que claramente proponen, entre otras cosas, limitar y reducir sustancialmente el **control de eficiencia en la fiscalización de los recursos públicos** con que actualmente cuenta el Órgano Contralor, dado que ya no le sería posible ejercer acciones de control tendientes a verificar la eficiencia en el manejo de los fondos públicos, es decir, en sus distintas funciones de fiscalización.

De aprobarse la reforma, la CGR ya no va a poder determinar si en procesos o proyectos de las distintas administraciones públicas se han utilizado los recursos de modo que se maximice su productividad, que se haga el mejor uso de ellos para alcanzar las metas y objetivos previstos, al menor costo posible, etc, todo esto en detrimento del control constitucional en virtud de la afectación -negativa- de una de las funciones esenciales del Poder Legislativo, como es el control político a cargo del Plenario Legislativo y de las Comisiones Legislativas; es decir, **mermar las atribuciones de la CGR, sin duda alguna, tendrá como consecuencia inmediata una reducción importante de servicios, insumos y productos que son necesarios para el control político de la Asamblea Legislativa**. También repercute en el derecho ciudadano de verificación efectiva del uso idóneo de los recursos públicos directamente vinculado con el principio democrático, así como una afectación al derecho de todos los habitantes del país de gozar de un buen funcionamiento de los servicios públicos¹² y con ello verse beneficiados por la prestación de servicios y bienes públicos de calidad. Es decir, la disminución del ámbito de control del

obligado cumplimiento, la forma en que los distintos entes públicos han de proceder en su relación con el ente contralor, de modo que no cabe duda de que deben estar sujetos, por conveniencia contralora y por ser jurídicamente posible, a sistemas generalizados.-(...) -el resaltado no corresponde al original- Sentencia n.º 05825 - 1997 de la Sala Constitucional.

¹² *“Sobre el derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos.- La Constitución Política recoge, implícitamente, el derecho fundamental de los administrados al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es, que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente. Esta última obligación se desprende de la relación sistemática de varios preceptos constitucionales, tales como el 140, inciso 8, el cual le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4), en cuanto incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191, en la medida que incorpora el principio de “eficiencia de la administración”(...)”. Sentencia n.º 05206 - 2017 Sala Constitucional.*

Órgano Contralor afecta el control político a cargo de la Asamblea Legislativa - parte esencial del modelo de Estado Democrático- y violenta derechos fundamentales.

Sobre el particular, para mayor abundamiento, no hay que perder de vista que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en ligar la función de control y fiscalización con el derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos, al concluir que “(...) *por voluntad del constituyente se creó la Contraloría General de la República como órgano -constitucional- auxiliar de la Asamblea Legislativa con una función específica y determinada: la vigilancia de la Hacienda Pública, de manera que por mandato constitucional –artículos 183 y 184- tareas como la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa y el funcionamiento del sistema financiero (...) el manejo del presupuesto de todas y cada una de las dependencias públicas, así como el control del personal que “recibe, custodia, paga o administra bienes o valores del Estado” no están más allá de las funciones encomendadas a éste órgano contralor, sino todo lo contrario, ya que responden al interés del buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas. (...)”.* El resaltado no corresponde al original. Sentencia n.º 8461-2004 de la Sala Constitucional, reiterado en la sentencia n.º 2396 - 2018.

En abono de lo que se viene indicando obsérvese que en la propuesta de reforma se le cercena a la Contraloría la posibilidad de adoptar acciones de fiscalización típicas, naturales y necesarias para un **efectivo control de eficiencia**, como lo son las acciones preventivas y correctivas en términos de **advertencias, recomendaciones, prevenciones, órdenes, instrucciones y recordatorios**, con los que oportuna y efectivamente se pueda evitar que se den o continúen despilfarros, irregularidades y usos ineficientes de los recursos públicos.

Como ejemplo de lo anterior, obsérvese lo sucedido en relación con la **advertencia** girada por la Contraloría General, en el caso de la Terminal de Contenedores de Moín (TCM), mediante oficio n.º. 13992 (DFOE-IFR-0521) del 27 de octubre de 2016, donde, producto de una serie de situaciones identificadas en el CONAVI en relación con la construcción del camino definitivo de acceso a la TCM que debía comunicar la ruta nacional n.º32 con la entrada al área de concesión de la terminal, entre otras, se identificó la grave problemática de la desconexión entre el punto final de la nueva ruta 257 y el acceso a la TCM, lo que generaba el riesgo de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de concesión y la responsabilidad de la administración concedente de proveer el nuevo acceso vial, lo que podía implicar reclamaciones por parte del concesionario en el retraso del inicio de operaciones, así como el riesgo de pérdida del descuento ofrecido por el concesionario de \$20,00 por contenedor. Ante esos riesgos, la CGR, de manera oportuna y anticipada, emitió la referida advertencia con la finalidad de que se tomaran las acciones necesarias para evitar la materialización de dichos riesgos, los cuales no solo hubiesen impactado a la hacienda pública ante el reconocimiento de indemnizaciones por retrasos en

el inicio de las operaciones de la TCM, sino también la afectación a los usuarios ante la pérdida del descuento por contenedor, riesgos que no llegaron a materializarse¹³.

Así también, otra competencia que se pretende eliminar a la Contraloría General de la República -véase modificación al artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, numeral 3 del proyecto de ley n.º 24.364- es **la posibilidad de emitir disposiciones y normas**, lo cual reduce el ámbito de competencias constitucionales con un efecto negativo para lograr una efectiva tutela de la Hacienda Pública, pues tal y como lo ha reconocido la misma Sala Constitucional, en la sentencia n.º 05825 - 1997, dicha facultad es una parte esencial de la función del Órgano Contralor, al indicar: “(...) *En efecto, la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República (...) la faculta para establecer y uniformar, mediante reglas y condiciones de obligado cumplimiento, la forma en que los distintos entes públicos han de proceder en su relación con el ente contralor, de modo que no cabe duda de que deben estar sujetos, por conveniencia contralora y por ser jurídicamente posible, a sistemas generalizados(...)*”.

Es decir, al pretender eliminar la competencia normativa de la Contraloría General de la República **se está anulando una herramienta fundamental para que se pueda orientar el buen uso de los fondos públicos mediante la emisión de normativa, disposiciones u órdenes, esto en beneficio de la Hacienda Pública** y en cumplimiento de la función constitucional, así como en beneficio de la ciudadanía. La normativa técnica orienta, estandariza procesos, incluye mejores prácticas, brinda seguridad jurídica a las entidades fiscalizadas y es dinámica porque evoluciona junto con los procesos. De ahí que su pretendida eliminación traería consigo un efecto negativo sobre la gestión de la Hacienda Pública y dejaría las normas técnicas existentes inmutables en el tiempo, pese a la necesidad de su constante evolución y adaptación.

Por otra parte, el proyecto propone -véase modificación al artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, numeral 3 del proyecto de ley n.º 24.364- **prohibirle al órgano contralor interpretar**. Tal restricción paralizaría por completo el ejercicio de las competencias constitucionales y legales, por cuanto todos los órganos y entes que constituyen el aparato estatal, son parte de un ecosistema conformado, al menos, por una perspectiva estática (organización administrativa) y una perspectiva dinámica (función administrativa). Para su buen funcionamiento, ambas dimensiones se encuentran dentro de un sistema jurídico, y para que puedan accionar es fundamental la interpretación jurídica.

De hecho, el ordenamiento jurídico existe y trae consigo inmersa la necesidad de ser interpretado para su aplicación en cada caso en concreto. Por lo cual, su lectura (examen, estudio e investigación) por el funcionario público es un requisito necesario para su debida

¹³ La afectación a los usuarios ante la pérdida del descuento por contenedor, hubiese implicado más de US \$60 millones, considerando la cantidad de contenedores que ha recibido la TCM entre el 2018 y el 2024.

aplicación. Por lo tanto, para lograr una correcta aplicación de la normativa es connatural su interpretación. No permitir interpretar al Órgano Contralor, implicaría una restricción completa a la aplicación del ordenamiento jurídico. En otras palabras, **limitar la interpretación, en el fondo es restringir la aplicación del Derecho, y ningún órgano o ente público podría funcionar sin aplicar el sistema jurídico correspondiente.**

Debemos recordar que *“la interpretación jurídica consiste en esclarecer, explicar, describir, descifrar un texto normativo o una situación con relevancia regulatoria. Así, interpretar implica explicar, esclarecer y descifrar el sentido de alguna cosa, signo, fórmula o suceso; por ello, el intérprete tiene como tarea darle el sentido y el alcance a la interpretación que lleva a cabo”*, en palabras del Dr. Romero Pérez (Notas sobre la interpretación jurídica, Revista de Ciencias Jurídicas No 133 (79-102) enero-abril 2014). La interpretación jurídica se refiere, indica ese mismo autor, a la necesidad de atribuir sentido a la norma para saber si la conducta está autorizada o prohibida; o, tiene efectos con relevancia jurídica. Señala que esta actividad consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas, por lo que al llevar a cabo una interpretación, el operador realiza un ejercicio que materializa al manifestar su criterio u opinión.

En complemento de lo anterior, en el artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública n.º 6227, hay una cláusula relevante para el funcionamiento de las Administraciones Públicas en el marco de las competencias asignadas a cada una ellas, al establecer que las normas no escritas -como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho- servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. Tampoco se puede olvidar lo establecido en el ordinal 10 de esa misma ley: *“1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular. 2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.”*

Igualmente, ese mismo cuerpo normativo, confirma la posibilidad -necesaria e imprescindible- de interpretar el ordenamiento jurídico, a la vista de otros numerales como el 224, 269 y 364, quedando claro que es una función esencial de las entidades públicas para el cumplimiento de sus competencias, de donde la intención de eliminar tal posibilidad es un vicio grosero que conduce a un escenario absurdo.

En el caso concreto del Órgano Contralor, no hay que perder de vista que el artículo 29 de su Ley Orgánica potencia la función de interpretación de las normas de la Hacienda Pública, y dota de vinculancia a sus criterios; en consecuencia, deben ser aplicados obligatoriamente por todos los órganos y entes de la Administración Pública. Por lo que aquí se observa, claramente, además de todo lo antes dicho, en perjuicio de lo que dispone la sentencia constitucional 998-98, que este es un ejemplo claro de **retroceso** en una función fundamental del Órgano Contralor y uno de los pilares del modelo de control de los recursos

públicos, de la Constitución Política. Precisamente para la coherencia interna del sistema es que se reconoce a la CGR la potestad consultiva vinculante.

Asimismo, **otro principio constitucional** que se afecta con la reforma que se pretende es el de **eficacia y eficiencia en la función administrativa**, en el tanto este ha sido definido por la jurisprudencia constitucional: “(...) *La eficacia como principio supone que la organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2°, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros. La simplicidad demanda que las estructuras administrativas y sus competencias sean de fácil comprensión y entendimiento, sin procedimientos alambicados que retarden la satisfacción de los intereses públicos empeñados. Por su parte, la celeridad obliga a las administraciones públicas cumplir con sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este conjunto de principios le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular.(...)*”, sentencia n.º 2003-11222, posición reiterada en la resolución n.º 06463 - 2015 ambas de la Sala Constitucional. Principio constitucional que sin lugar a dudas lleva inmerso para su aplicación efectiva, el control que realiza la Contraloría General de la República.

Lo anterior significa, que al pretender eliminar dicha iniciativa controles como el de eficiencia, se estaría afectando de forma directa el principio constitucional de eficacia y eficiencia, máxime si se toma en consideración que este tipo de control, tal y como lo ha indicado en otras oportunidades este Órgano Contralor: “(...) *está llamado a evaluar los resultados de la actuación administrativa a la luz de los objetivos y metas planteados por la Administración activa. Sus evaluaciones, que trascienden la mera valoración de legalidad, le permiten conocer por una parte a la propia Administración si está logrando lo que se propuso y si en consecuencia está haciendo un uso eficiente de los fondos públicos, al tiempo que se brindan insumos a la Asamblea Legislativa para ejercer el control político y desarrollar legislación sobre bases de análisis más fundamentadas y se potencia la participación ciudadana en los asuntos públicos, según lo prevé el artículo 11 de la Constitución Política. (...)*”¹⁴.

Con la reforma planteada, también se **eliminan en su totalidad los controles previos y la mayoría de controles posteriores**, con una visión por completo reduccionista del modelo de control y debilitando severamente el sistema de frenos y contrapesos del modelo democrático costarricense que fue establecido por el constituyente, así como el control político por parte de la Asamblea Legislativa, al ser las funciones de control y

¹⁴ Oficio n.º 5635-2009 (DAGJ-0800-2009) emitido por la Contraloría General de la República.

fiscalización un elemento fundamental para su efectivo ejercicio, tal y como fue ampliamente expuesto anteriormente.

En cuanto a la pretensión de **anulación total del control previo** que claramente se desprende de varias de las normas de la Ley Orgánica de la Contraloría que se intentan modificar, especialmente, lo establecido en el artículo 12 -artículo 3 del proyecto de ley- cuando refiere que la Contraloría General “(...) *ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa(...)*”, así como de la propuesta de redacción del artículo 9 de la Ley General de Control Interno que expresamente agrega “(...) *La Contraloría General de la República únicamente podrá actuar a posteriori de las actuaciones administrativas para garantizar su legalidad*”. Asimismo, en la propuesta de redacción del artículo 9 de la LGCI -artículo 7 del proyecto de ley-, expresamente se agrega “(...) *La Contraloría General de la República únicamente podrá actuar a posteriori de las actuaciones administrativas para garantizar su legalidad*”. No obstante, no hay que olvidar que el control de la Hacienda Pública como competencia constitucional incluye todas las modalidades de control, sea este previo, concomitante o posterior.

Es importante mencionar que con la **fiscalización previa** se pretende garantizar el cumplimiento del marco jurídico aplicable de determinada actuación de los sujetos fiscalizados, otorgándole validez o eficacia jurídica al acto, según corresponda, y permitiendo su ejecución conforme al ordenamiento jurídico. Podemos ubicar en este tipo de fiscalización la emisión de autorizaciones y aprobaciones, por ejemplo, la aprobación presupuestaria o de los reglamentos orgánicos de las auditorías internas y el refrendo de contratos; entre otras.

De acuerdo con la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización de la INTOSAI¹⁵, un control previo eficaz resulta imprescindible para una sana economía financiera pública e implica la ventaja de poder impedir un perjuicio antes de producirse.

Anular una de estas posibilidades, como el control previo, sería contrario a las amplias potestades que otorga la Constitución Política a la CGR, máxime si se toma en consideración que el constituyente potenció este tipo de control a favor del órgano Contralor, al establecer en el numeral 184 incisos 1) y 2) de la Carta Fundamental la aprobación presupuestaria y el refrendo contralor, controles de naturaleza previa.

Es decir, **la propuesta de eliminar el control previo resulta groseramente contradictoria con lo establecido en el propio texto de la Constitución Política**, pues es la misma Carta Fundamental la que incluso, tal y como se indicó en el párrafo anterior, otorga de forma expresa funciones de control previo al Órgano Contralor; quiere decir, que, en consecuencia, esta evidente contradicción de la propuesta de reforma de naturaleza

¹⁵ En 1953 se fundó la Organización Internacional sobre Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) de los países pertenecientes a las Naciones Unidas o a sus organismos especializados, de la cual forma parte Costa Rica. El nacimiento de este organismo se basó en la necesidad de promover la existencia de Entidades Fiscalizadoras Superiores independientes que garanticen la sana gestión de los recursos públicos, así como el rendimiento de cuentas de los gobiernos.

legal con la Constitución Política, por un principio básico de supremacía constitucional, no resulta viable.

En cuanto a la **fiscalización posterior**, lo que esta pretende es analizar la conformidad de la gestión pública con respecto al marco jurídico aplicable, con posterioridad a su ejecución, con el fin corregir las desviaciones que se identifiquen y sentar las responsabilidades que correspondan. Además del cumplimiento del marco jurídico, es crucial adherirse a buenas prácticas internacionales y a principios fundamentales de la auditoría en el sector público¹⁶, como los de economía, eficiencia y efectividad en la gestión de recursos públicos. Estas buenas prácticas enfatizan la importancia de la transparencia, la rendición de cuentas y la mejora continua en los procesos de fiscalización, asegurando que se promuevan altos estándares de control y supervisión para proteger los intereses de la ciudadanía y optimizar el uso de los recursos públicos disponibles. Ejemplos de procedimientos ejecutados a posteriori incluyen, las auditorías, las investigaciones de hechos presuntamente irregulares, entre otros.

Es importante mencionar que durante el ejercicio de la fiscalización posterior, es posible emitir tanto actos preventivos como correctivos, según sea el caso, ya sea para prevenir la materialización de un riesgo para la Hacienda Pública, por ejemplo, mediante advertencias o recordatorios, o bien, para corregir cuando se determine un incumplimiento al marco jurídico aplicable, mediante la emisión de órdenes, disposiciones, la recomendación de sanciones, entre otros.

Si bien, con la reforma propuesta al artículo 9 de la LGCI se establece la posibilidad de que la Contraloría General pueda actuar a posteriori de las actuaciones administrativas, se debe considerar que en la propuesta de reforma al artículo 12 de la LOCGR se establece que el Órgano Contralor *“en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones no podrá sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión (..).”* Es decir, un control posterior absolutamente limitado y por ello inoperante.

Asimismo, para los artículos 11 y 17 de la LOCGR, la propuesta de ley busca reformar la potestad del control de eficiencia -véase numerales 2 y 4 de del proyecto de ley-¹⁷ del Órgano Contralor, al disponer que uno de los fines primordiales del ordenamiento de control y fiscalización superiores será: *“ (...) garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de los fondos públicos”* y que *“La Contraloría General de la República ejercerá la fiscalización de la eficiencia de los controles internos”*, disminuyendo así el alcance dispuesto originalmente por el legislador, que refiere a

¹⁶ Ver en este sentido: ISSAI. (2019). Principios Fundamentales de la Auditoría del Sector Público. Recuperado de [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/ISSAI-100-Principios-Fundamentales-de-Auditoria-del-Sector-Publico-1.pdf](https://www.issai.org/wp-content/uploads/2019/08/ISSAI-100-Principios-Fundamentales-de-Auditoria-del-Sector-Publico-1.pdf)

¹⁷ Control que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional en la sentencia n.º 6611-2007 de la Sala Constitucional.

garantizar tanto la legalidad como la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos.

Con esta limitación relevante a las funciones propias del control de eficiencia en el manejo de los fondos públicos, por ejemplo la Contraloría General no podría haber realizado los informes de auditoría sobre el programa Bono Proteger¹⁸, donde se encontró que un 16,4% de los bonos pudo haber sido otorgado a personas no elegibles, lo que representaría ¢7.490 millones de recursos públicos. Con base en los resultados obtenidos en esa auditoría, se emitieron **disposiciones** a las autoridades competentes, con el propósito de que se definieran e implementaran acciones tendientes a ejecutar los procesos de validación de la información de los beneficiarios en la plataforma tecnológica e implementaran medidas para la recuperación de los posibles beneficios otorgados de más. Todo, con el propósito de que más personas y hogares con verdaderas necesidades pudieran tener acceso a ese beneficio, en el contexto de la afectación de ingresos que provocó la emergencia sanitaria del Covid-19.

Por otra parte, resulta inconstitucional el artículo 5 de la iniciativa, el cual pretende modificar el numeral 22 de la LOCGR, por contrariar el bloque de constitucionalidad, al suprimir por completo la posibilidad de que la CGR, a instancia de parte o de oficio, pueda **adoptar medidas cautelares o precautorias en la fase de investigación o de procedimiento sancionatorio**. Pues el órgano contralor, en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, tiene el deber jurídico de adoptar las medidas cautelares necesarias y adecuadas para garantizar la adecuada protección de los recursos públicos y de los fines de la investigación o del procedimiento.

Pues no hay que olvidar que hay un reconocimiento explícito de la tutela cautelar en la Constitución Política, tanto para su adopción de manera previa y dentro de los procesos judiciales, como en vía administrativa. Este instrumento tiene una profunda raigambre constitucional, y su esencia se ubica en el abanico de facultades que conforman la tutela judicial efectiva (y su correlativa tutela administrativa efectiva). De la relación de los artículos 9, 11, 27, 33, 41, 49 y 153 de la Constitución Política se desprende su sustrato. Por lo que cercenar, limitar o suprimir -en cualquier sentido- esta herramienta de carácter instrumental, implicaría vaciar de contenido todos esos numerales de corte constitucional.

Consecuencia de lo indicado, se concluye que la propuesta de reforma en donde se pretende eliminar la posibilidad de que el Órgano Contralor pueda ordenar la suspensión de la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, para resguardar el uso de los fondos públicos, es - a todas luces- contraria a la efectiva fiscalización de la Hacienda Pública que puede realizar la Contraloría General de la República, pues limitaría gravemente el ámbito de acción que constitucionalmente le fue otorgado, ya que contar con

¹⁸ Informe DFOE-SOC-IF-00016-2020. Informe de Auditoría operativa sobre la eficacia y eficiencia del Bono Proteger implementado por el MTSS y el IMAS ante la emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19. Disponible en: <https://sites.google.com/cgr.go.cr/covid-19/ReportesCGR-Infomes-de-auditoria/Bono-Proteger/AO-eficacia-y-eficiencia-Bono-Proteger/Informe-de-auditoria>

esta posibilidad de adoptar medidas cautelares tiene su fundamento en la efectividad y protección de la acción de fiscalización (vigilancia) de los recursos públicos y el derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos que ostentan todas las personas. Todo esto, lógicamente, sin perjuicio de que la Administración pueda continuar con la ejecución de sus conductas una vez que se ha producido ese necesario ajuste al ordenamiento jurídico.

De la iniciativa se deriva que la modificación que se pretende de los artículos 11, 12, 17 y 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República -artículos 2, 3, 4 y 5 del proyecto de ley n.º 24.364-, así como del numeral 9 de la Ley General de Control Interno -artículo 7 del proyecto de ley n.º 24.364- disminuye y debilita significativamente las funciones y competencias del Órgano Contralor, lo cual, a la luz de la reiterada jurisprudencia constitucional resulta **abiertamente** inconstitucional. Al respecto, obsérvese que la propuesta pretende, por ejemplo: eliminar la competencia de la Contraloría General de la República para emitir normas, políticas, instrucciones, directrices y órdenes, prohibir advertir, recordar o recomendar y evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa en toda su extensión, así como una eliminación total de las competencias de control previo y la adopción de medidas cautelares en el desarrollo de investigaciones; lo cual a todas luces resulta en un vaciamiento de las competencias constitucionales de control de la Hacienda Pública.

Por lo expuesto, se concluye de forma categórica que el proyecto de ley planteado consiste en una disminución inconstitucional de las competencias otorgadas por el constituyente al Órgano Contralor, al violentar de forma grosera el Derecho de la Constitución, pues afecta normas constitucionales - artículos 1, 9, 11, 140, 175, 176, 183 y 184 -, afecta gravemente principios constitucionales de eficacia y eficiencia de la función administrativa, transparencia, rendición de cuentas, control político, derecho fundamental a una buena administración y servicios públicos, principio de no regresión en las funciones del control de los recursos públicos y la garantía de independencia del órgano Contralor y la jurisprudencia constitucional vinculante supracitada; todo lo cual redundará en una afectación del diseño constitucional del control de la Hacienda Pública y, en general, del bienestar de todos los habitantes del país.

III. Afectación a los principios constitucionales de contratación pública con la reforma del artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública y el numeral 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA

La Sala Constitucional en el voto 998-98 del 16 de febrero de 1998 advierte que de conformidad con el artículo 182 de la Constitución Política *“toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación” (...). El propósito de esta disposición obedeció al interés de los constituyentes de darle solución a los graves problemas económicos de la década de los años cuarenta, motivada en el desequilibrio presupuestario de los Gobiernos de la República, el aumento desmedido en el gasto público, la sensible reducción de ingresos como impacto directo de la Segunda Guerra*

Mundial, y en especial, para ponerle fin a la práctica generalizada de “los contratos sin licitación”, que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la Oposición (Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente), de donde nació la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente (...).”

El texto transcrito es claro al señalar que, como regla general, los contratos del Estado no se hacen de cualquier manera sino por medio de un proceso de licitación, en el que se garantice la libre participación e igualdad, en aras de promover la presentación de la mayor cantidad de ofertas que permitan a la Administración, bajo criterios objetivos, escoger la mejor en calidad y precio, siempre dentro de un marco de transparencia, integridad y rendición de cuentas.

Al respecto, de previo a referirnos al proyecto en cuestión, debemos apuntar que la redacción original del artículo 67 de la LGCP, vistas las características de la excepción que se contempla en el correspondiente apartado de la ley (Sección II - Bienes inmuebles; Capítulo IV - Procedimientos especiales); denota con claridad que la disposición normativa, en su integralidad, refiere a un mecanismo de contratación que privilegia el “objeto contractual”, es decir, que la medida excepcional que contempló el legislador en ese caso, apunta inequívocamente a un modo de proceder que está predeterminado en función del “bien inmueble” (objeto) que se pretende adquirir o arrendar, el cual lógicamente correspondería a una iniciativa privada, sería preexistente (incluyendo su diseño y definición esencial) y debe estar disponible para su adquisición en el mercado.

La nueva disposición -artículo 8 del proyecto de ley n.º 24.364- por el contrario, consideraría no sólo la compra y arrendamiento de bienes inmuebles de terceros que convengan a los intereses públicos e institucionales, sino también el desarrollo de cualquier tipo de obra pública (diseño y construcción de obra), bajo condiciones que no resultan acordes con la naturaleza del procedimiento especial que se contempló originalmente en el art. 67 de la LGCP. En este sentido, el texto reformado incluye lo siguiente: **“La Administración podrá adquirir o arrendar inmuebles por construir, en proceso de construcción o construidos, de acuerdo al interés público. En estas compras o arrendamientos, la Administración podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general”**.

Admitir que -bajo ese mecanismo excepcional- se pueda pactar como parte del contrato las especificaciones para efectos del diseño y obra que desarrollará el arrendante respectivo, implica ineludiblemente la posibilidad de contratar objetos desarrollados a la medida de las necesidades de la Administración y no exclusivamente aquellos que se encuentren disponibles y susceptibles de adquisición en el mercado.

En otras palabras, la norma reformada abriría -indiscriminadamente- la posibilidad de desarrollar obra pública (diseño y construcción), incluso sobre terrenos del Estado. En tal supuesto, no puede obviarse que la vinculación al esquema licitatorio, de acuerdo con la LGCP, en cuanto al monto respectivo, tal y como lo establece expresamente el numeral 182

constitucional, es una exigencia clara del Constituyente que no puede omitirse, al margen de cualquier excepcionalidad legítima que resulte compatible con el Texto Fundamental.

Para ello, la reforma establece como únicos requisitos para escoger el bien por adquirir o arrendar: un estudio que demuestre que la opción seleccionada es la más rentable y viable; un avalúo que determine el valor del inmueble o el precio del arrendamiento y un estudio de mercado de las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento, que lleve a determinar su idoneidad.

No obstante, al contratarse por esta vía el diseño, construcción, operación, arrendamiento y mantenimiento de obra pública y no la compra y arrendamiento de un bien inmueble que se encuentre disponible en el mercado, se omite la regulación de requisitos esenciales que debe cumplir todo contrato de obra pública:

1. La elaboración de un pliego de condiciones en el que se indiquen las condiciones generales y específicas del inmueble que se va a diseñar y construir, así como los requisitos que demuestren la idoneidad de la empresa adjudicataria, todo con el fin de garantizar que la escogencia se haga de forma transparente, objetiva e íntegra.
2. La posibilidad de impugnar el pliego de condiciones ante la propia administración o la Contraloría General de la República, para evitar que se elaboren condiciones “a la medida” que favorezcan a una empresa en específico.
3. Una invitación abierta que permita la participación de todas las empresas que quieran ofertar para el diseño y construcción, en aras de garantizar que no se otorguen ventajas indebidas a alguna empresa.
4. Una decisión debidamente motivada que garantice que la empresa escogida cumple las condiciones del pliego y que es la mejor en precio y calidad.
5. La posibilidad de que las empresas que no se les adjudique el contrato puedan impugnar la decisión ante la misma administración o ante la Contraloría General de la República.

Para ilustrar el cambio propuesto al artículo 67 de la LGCP y los riesgos inherentes, consideremos un caso hipotético en el que una institución pública desea contratar el diseño y la construcción de un hospital, fundamentando la contratación en el procedimiento especial reformado del numeral 67. Bajo este supuesto, esa institución no estaría obligada a realizar un concurso público ni a establecer un pliego de condiciones detallado que indique los criterios de selección del contratista, acorde con la necesidad pública.

Este escenario presenta varios riesgos significativos:

1. **Falta de concurso público:** Sin un proceso de licitación, se elimina la competencia abierta entre posibles contratistas, lo cual es crucial para garantizar la transparencia, la equidad y la obtención de la mejor oferta en términos de precio y calidad. La ausencia de un concurso público aumenta el riesgo de decisiones arbitrarias y favoritismos.
2. **Indeterminación de especificaciones y precios:** La normativa reformada permitiría a la institución pública seleccionar un contratista sin la necesidad de especificar claramente las características técnicas y de diseño del hospital en un pliego de condiciones. Esto plantea varias preguntas críticas:
 - ¿Cómo se determinará la **cuota del arrendamiento** del bien, si ni siquiera existe un diseño previo del hospital?
 - ¿Cómo se haría un **avalúo** sobre un hospital que no existe y ni siquiera ha sido diseñado?
 - ¿Cómo se evaluará la **razonabilidad de los precios** propuestos por el contratista?
 - ¿Cómo se puede saber que la opción contratada es la más adecuada para el cumplimiento de los fines públicos, y además es la más **rentable** y viable?
3. **Falta de transparencia en la selección del contratista:** Sin un pliego de condiciones claro y un proceso de licitación abierto, la selección del contratista puede basarse en criterios subjetivos. Esto aumenta significativamente el riesgo de corrupción y de toma de decisiones que no sean en el mejor interés público. Además, no se garantiza que el contratista seleccionado tenga la experiencia (en construcción de hospitales por ejemplo) y capacidad necesarias para ejecutar el proyecto adecuadamente.
4. **Ausencia de mecanismos de impugnación:** La posibilidad de impugnar el pliego de condiciones o la adjudicación del contrato ante la administración o la Contraloría General de la República es fundamental para asegurar un control adecuado y prevenir irregularidades. Sin estos mecanismos, se deja a las empresas y a la ciudadanía sin una vía formal para cuestionar decisiones que puedan ser injustas o ilegítimas.
5. **Evaluación insuficiente de la idoneidad del contratista:** La normativa reformada no establece requisitos claros para evaluar la idoneidad del contratista, tales como experiencia previa, capacidad técnica y solvencia económica. Esto puede resultar en la contratación de empresas no calificadas, con el consecuente riesgo de deficiencias en la ejecución de la obra.

En resumen, admitir la contratación de diseño y construcción de obra pública bajo este mecanismo excepcional, sin los controles y requisitos esenciales de este tipo de contratos, pone en riesgo la transparencia, la equidad y la eficiencia en el uso de recursos públicos, y puede resultar en obras de baja calidad o incluso en fallos en su ejecución.

Es evidente que el legislador ordinario, al promulgarse la Ley n.º 9986, fue riguroso en observar lo que señala el numeral 182 constitucional, en cuanto a que los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y

las instituciones autónomas, así como otras tipologías de contratos que detalla la norma, deben efectuarse mediante licitación, de acuerdo con la ley, en cuanto al monto respectivo.

Conviene destacar al efecto que la Sala Constitucional (en resoluciones n.º 00998-1998 y n.º 01396-2001) ha reconocido que la licitación se constituye en el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública, que promueve una sana administración de los fondos públicos, así como el medio idóneo para una mejor selección del contratista y conforma una garantía para el interés público mediante la cual se asegura una efectiva participación de todos los interesados.

De manera que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha desarrollado el “principio de contratación administrativa”, sobre el cual se ha indicado:

“El principio general que enuncia la primera obligación constitucional en la materia de la contratación administrativa, en virtud del cual, “toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”, como lo ha indicado reiteradamente, esta Sala «toda contratación administrativa, se hará por el procedimiento de licitación», implica que tienen rango constitucional todos los principios del derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen. Este principio tiene como finalidad que:... “el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad -es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones; [...]”. (ver sentencias: 0787-94 y 998-98)

Teniendo en cuenta lo anterior, la ampliación en los términos que propone la reforma al artículo 67 de la LGCP, constituye una violación al principio constitucional de contratación administrativa, en cuanto al mecanismo privilegiado (la licitación), establecido expresamente por el constituyente -art. 182 constitucional- para la realización de obras públicas, y, dada la amplitud de la posibilidad de aplicación de dicha excepción, se erige como un verdadero **retroceso a etapas anteriores a la Constitución Política** y eventualmente a los gravísimos problemas en el uso de los recursos públicos que datan de esa época.

Por otra parte, en cuanto a la reforma del **artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA** -artículo 9 del proyecto de ley n.º 24.364- se busca cambiar radicalmente su contenido al regular expresamente el objeto y fines de las alianzas estratégicas, mediante la incorporación de una serie de actividades que desnaturalizan la figura regulada actualmente en el artículo 3 inciso h) de la LGCP, el cual exceptúa las alianzas estratégicas de aplicar los procedimientos ordinarios de contratación, siempre que estén autorizadas mediante ley y se realicen con el fin de lograr ventajas competitivas, todo de acuerdo con el giro de negocio de cada parte y lo regulado al respecto en la ley que las autoriza.

De esa forma, se permite acordar mediante alianza estratégica las actividades que ahí se enlistan o cualquier otra relacionada con las competencias de JAPDEVA, con la clara

intención de transgredir la prohibición de la LGCP de no utilizar este mecanismo para la contratación de terceros, sin seguir el **procedimiento de licitación**.

Intención que se evidencia en el texto de la reforma propuesta para el artículo 67 de la LGCP y para el inciso b) del artículo 5 bis de la Ley de JAPDEVA, al hacer énfasis en el diseño y construcción de obra pública y en las alianzas para desarrollar infraestructura en terrenos públicos o privados, las cuales permitirán la construcción de obras **evadiendo los procedimientos ordinarios de contratación pública, particularmente el de licitación, el cual busca garantizar la transparencia, rendición de cuentas, libre participación de los oferentes, igualdad y prevención de la corrupción; así como los controles internos y externos propios del procedimiento de contratación de obra pública, incluyendo la fiscalización previa de la Contraloría General de la República**. Propósito que no deja lugar a dudas cuando la exposición de motivos justifica la reforma en la construcción de Ciudad Gobierno y la Terminal de Cruceros y Marina de Limón. Evasión que provoca, además, una evidente **regresión del modelo de control en materia de contratación pública**, diseñado por el Constituyente (sentencia 998-98); lo que además favorece la corrupción, la desviación de poder en las compras públicas y resulta abiertamente contrario a los artículos 11 y 182 de la Constitución Política.

Siguiendo con la reforma del inciso b) el artículo 5 bis de la Ley de JAPDEVA, es importante también hacer ver que se abre la posibilidad de efectuar la alianza con cualquier persona privada, sin importar la actividad a la que se dedique, su experiencia o sus condiciones técnicas, legales o financieras, toda vez que -a diferencia del texto vigente- que señala que las alianzas se pueden hacer *“...con entes o empresas que desarrollen actividades de inversión de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades de Japdeva...”*, el proyecto de ley no indica nada al respecto.

Por último y no menos perjudicial para la Hacienda Pública, la reforma que plantea el artículo 9 del proyecto de ley n.º 24.364, deja al reglamento que emita el Consejo de Administración de JAPDEVA, la definición de los procedimientos y requisitos para seleccionar los aliados estratégicos, por lo que además de transgredir la prohibición de no utilizar la figura como mecanismo para la contratación de terceros sin seguir los procedimientos de la LGCP, permite a JAPDEVA evadir la regulación del artículo 13 del Reglamento a la LGCP, el cual establece las reglas que debe seguir la administración para dicha selección, así como los mecanismos de ejecución y rendición de cuentas de las alianzas.

Las alianzas estratégicas son mecanismos viables y positivos, siempre y cuando el socio sea seleccionado correctamente y no surja de forma sorpresiva, sin cumplir requisitos y sin garantizar la necesaria idoneidad.

En conclusión, las reformas propuestas a los artículos 67 de la LGCP y 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA, permitirían a las personas funcionarias públicas escoger de

forma subjetiva (“a dedo”) a los contratistas, lo cual promueve la corrupción y la desviación de poder en la función pública, y transgrede los principios constitucionales de licitación regulado en el artículo 182, así como el de legalidad y rendición de cuentas, regulados en el artículo 11, ambos de la Constitución Política, lo cual constituye una regresión del modelo de control en materia de contratación pública, diseñado por el Constituyente.

Conclusiones

1. El proyecto de ley n.º 24.364, denominado "Ley Jaguar para el desarrollo de Costa Rica", debe analizarse de manera integral porque solo así surge a la luz el verdadero impacto que tendría, tanto para la CGR en el ejercicio de sus competencias, como para el modelo de Estado Democrático y de Derecho establecido por el constituyente. La reforma a normas de la LOGCR debe verse en conjunto con la reforma a la LGCI que es la que de manera expresa limita nuestra intervención a un control posterior. La supresión del control previo supone eliminar la aprobación presupuestaria del sector descentralizado y municipal y olvida que los recursos en contratación pública son también control previo. Las reformas del artículo 67 LGCP y del numeral 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA deben verse como parte del propósito de cercenar principios constitucionales como el de la licitación, bajo la utopía de que con ello se impulsa el desarrollo del país. Existe un hilo conductor de las reformas y es suprimir los controles constitucionales sobre el manejo de la Hacienda Pública; llevar a la CGR a su mínima expresión hasta el absurdo de no poder interpretar un texto legal, modificando la distribución de competencias dispuestas por el Constituyente y desconociendo por completo nuestra absoluta independencia funcional y administrativa. Las competencias cuya eliminación se pretende son esenciales para asegurar la legalidad y eficiencia de los controles y del manejo de los fondos públicos, la transparencia, la rendición de cuentas y la lucha contra la corrupción, principios fundamentales de nuestro Estado de Derecho.
2. En un contexto socio económico dinámico y disruptivo como el actual, reflexionar sobre la gestión pública y la mejor forma de fiscalizar la Hacienda Pública ha de ser un proceso serio, permanente, inclusivo y transparente con lo cual la CGR está por completo de acuerdo, siempre bajo el recaudo de respetar el diseño constitucional vigente. Prueba de ello, la reciente promulgación de la Ley para el Manejo Eficiente de la Liquidez del Sector Público, n.º 10.495 cuya iniciativa fue presentada por este órgano contralor, así como la Ley General de Contratación Pública, ley n.º 9986.
3. El referéndum es un mecanismo democrático de participación ciudadana, cuyo éxito radica en respetar los contornos constitucionalmente establecidos, así como la transparencia, claridad y coherencia de la propuesta. La iniciativa en comentario pretende una modificación en materia presupuestaria, **expresamente excluida** por el artículo 105 de la Constitución Política, y un cambio sustancial en el núcleo duro de las competencias de un órgano constitucional, lo cual implicaría una alteración estructural del modelo de control de la Hacienda Pública, establecido por el constituyente desde 1949.

4. La modificación que se pretende de los artículos 11, 12, 17 y 22 de la LOCGR, así como del numeral 9 de la LGCI -artículos 2, 3, 4, 5 y 7 del proyecto de ley n.º 24.364- es inconstitucional, pues pretende un desmantelamiento de las competencias otorgadas por el constituyente al Órgano Contralor, al violentar de forma grosera el Derecho de la Constitución, pues afecta normas de rango constitucional -artículos 1, 9, 11, 140, 175, 176, 183 y 184-, y principios constitucionales de eficacia y eficiencia de la función administrativa, transparencia, rendición de cuentas, control político, el derecho fundamental a una buena administración de los servicios públicos, el principio de no regresión en las funciones del control de los recursos públicos, la garantía de independencia del Órgano Contralor y la jurisprudencia constitucional vinculante supracitada; todo lo cual redundaría en una afectación del diseño constitucional del control de la Hacienda Pública y, en general, del bienestar de todos los habitantes del país.
5. La reforma del artículo 67 de la LGCP -artículo 8 del proyecto de ley n.º 24.364- desconoce el principio de licitación, transformando una excepción debidamente acotada por el objeto (arrendamiento y compra de inmuebles) en una norma tan amplia que cualquier proyecto de diseño, construcción, operación, arrendamiento, mantenimiento de obra pública, se pueda hacer de forma directa y sin mayores condiciones que garanticen la idoneidad del contratista ni la calidad de las obras. La norma deja de regular un procedimiento especial y se convierte en la regla. Cambios que harían el terreno fértil a la corrupción y la desviación de poder en la función pública, así como la transgresión del principio de licitación regulado en el artículo 182 Constitucional y del principio de legalidad y rendición de cuentas, regulados en el artículo 11, ambos de la Constitución Política, lo cual constituye una regresión del modelo de control en materia de contratación pública, diseñado por el Constituyente.
6. La reforma al artículo 5 bis de la Ley Orgánica de Japdeva -artículo 9 del proyecto de ley n.º 24.364- pretende habilitar a la entidad para escoger socios estratégicos de manera directa, sin observar requisito alguno y desconociendo, de igual forma, los principios de competencia, transparencia y licitación.

IV PETITORIA

Por los argumentos expuestos, en donde se evidencian los graves vicios de inconstitucionalidad de la iniciativa ciudadana para convocar a referéndum, se solicita a la Sala Constitucional que se pronuncie sobre el particular, concluyendo que el proyecto ley n.º 24.364 denominada "*Ley Jaguar para el desarrollo de Costa Rica*", tramitado ante el Tribunal Supremo de Elecciones en el expediente n.º 205-2024, resulta contrario a la Constitución Política.

29

V

NOTIFICACIONES

Se atenderán las notificaciones dirigidas a la Contraloría General de la República en el correo electrónico notificaciones.judiciales@cgr.go.cr

San José, 4 de julio de 2024.

Marta E. Acosta Zúñiga
CONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

LRG/AJR/RRA
NN: 11176 (DJ-1232)
G: 2024002695-1