

**Al contestar refiérase
al oficio No. 01598**

02 de febrero de 2015
DCA-0282

Señora
Sylvie Durán Salvatierra
Ministra
MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD
smora@mcj.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Se devuelve sin refrendo por no requerirlo el Contrato para el Proyecto de Registros Administrativos de Gestión Cultural y Adenda, suscritos por el Ministerio de Cultura y Juventud y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), por un monto máximo $\$70,000,000.00$ (setenta millones de colones exactos).

Nos referimos al oficio número DM-1901-2015 del 18 de diciembre de 2015, recibido en esta Contraloría General el 05 de enero siguiente, mediante el cual solicita el refrendo contralor al contrato descrito en el asunto.

I. Criterio de la División

La presente contratación fue efectuada por parte del Ministerio de Cultura y Juventud con fundamento en el artículo 2 inciso b) de la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 129 de su Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, determinando la Administración contratante la procedencia de contratar con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que pertenece a la Organización de Naciones Unidas (ONU), de la que Costa Rica forma parte y se constituye por su naturaleza como un sujeto de derecho internacional público.

En ese orden de ideas, en primer término procede analizar la competencia de esta Contraloría General de la República para conocer la solicitud de refrendo que se solicita. Al respecto, se tiene que mediante el artículo 184 de la Constitución Política, se le asignó a este órgano contralor la potestad de aprobar los contratos que se suscriban como parte de la actividad contractual de la administración, estableciendo esta aprobación como un requisito de eficacia para poder ejecutar las obligaciones contraídas por las partes a través del documento contractual. Sobre los alcances conceptuales de la figura del refrendo ha señalado la Sala Constitucional que:

“VI.- REFRENDO CONTRALOR EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. La figura dogmática del refrendo otorgado por la Contraloría General de la República, en su función esencial de auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública (artículo 183 de la Constitución Política), se encuentra prevista a nivel constitucional. En efecto, el ordinal 184, inciso 1°, de la Constitución Política, al señalar las competencias constitucionales de ese órgano de fiscalización superior indica, en lo conducente, que “(...) No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella”. El referendo (sic) es una manifestación específica de la figura dogmática de la aprobación, por lo que comparte las características de ese instituto en el sentido de fungir como un requisito de eficacia que se produce, desde una perspectiva temporal, ex post a la adopción del acto fiscalizado, siendo, para el caso particular, el acto administrativo bilateral o plurilateral en que se traduce un contrato administrativo. El refrendo, constituye, también, una expresión jurídica particular de la denominada tutela administrativa o de la dirección intersubjetiva que es propia de un Estado centralizado o unitario como el Costarricense que ejerce el ente público mayor (Estado), respecto de los entes menores o descentralizados (funcionalmente, territorialmente o corporativamente) y, más concretamente, de un control sobre los actos que realicen éstos. A través del refrendo, la Contraloría General de la República ejerce una fiscalización o control sobre los actos de los sujetos pasivos que puedan comprometer la Hacienda Pública o los presupuestos públicos, como una forma de garantizar la corrección, transparencia y legalidad de los egresos en que puedan incurrir. Para el caso de los contratos administrativos, el referendo se produce después de dictado el acto de adjudicación o de la etapa de perfección del contrato, esto es, cuando el mismo resulta válido por ser sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, de modo que la Contraloría General de la República a través de esa figura examina y verifica que el clausulado del contrato debidamente formalizado se ajuste al bloque de legalidad, esto es, al cartel de la licitación que es la regulación o normativa específica del contrato respectivo, la oferta formulada, la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento y, en general, con el resto del ordenamiento jurídico administrativo. El propósito o fin esencial del refrendo es evitar que las obligaciones contraídas por las administraciones públicas en los contratos administrativos, debidamente asentadas o formalizadas, se contrapongan al ordenamiento jurídico administrativo y que, por consiguiente, se produzca una incorrección o ilegalidad en la disposición de los fondos públicos. De modo que a través de la improbación del contrato la Contraloría General de la República debe señalarle a la Administración activa los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo.”

En relación con los contratos que requieren del refrendo, indispensablemente requiere un compromiso de fondos públicos por parte de la Administración contratante, sobre lo cual corresponde al órgano contralor delimitar sus alcances. En ese sentido, el numeral constitucional se ha desarrollado a su vez por el legislador en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y posteriormente por el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública (en adelante Reglamento de Refrendo). Sobre esta última norma ha señalado también la Sala Constitucional que:

“Por ello, resulta acertada la afirmación del representante de la Contraloría General de la República en su gestión, al considerar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, éste órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le

corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en la sentencia número 00998-98."

De esa forma, se delimitó la posibilidad de que sea la Contraloría General quién establezca las categorías de contratos que, por su origen, partes involucradas, naturaleza o cuantía, se encuentran sujetos a refrendo. Así entonces, el artículo 3 de dicho Reglamento, se configura como el precepto legal mediante el cual se definió la competencia de este órgano contralor en relación con los contratos administrativos sujetos al trámite de refrendo. Es por ello que la norma en cuestión, busca abordar con la mayor luminosidad posible la definición de los contratos que deben ser sometidos al refrendo contralor, con el objetivo de evitar indeterminaciones y dejar a la Administración en posiciones de inseguridad jurídica en torno a si un determinado contrato debe cumplir con el trámite de refrendo ante este órgano.

Dentro de esa línea de pensamiento, el espíritu perseguido con el numeral en estudio, es que se presenten ante esta División solo aquellos contratos que de acuerdo al contenido de la norma, deben contar con ese requisito de eficacia y al mismo tiempo evitar que se presenten gran cantidad de contratos que de acuerdo con el artículo 3 del Reglamento de Refrendo se encuentran exentos de cumplir con dicho trámite. Todo lo anterior, con el objetivo de agilizar el procedimiento de contratación pública en general, en cumplimiento del principio de eficiencia que rige la materia.

Dentro de esa filosofía, se observa que el artículo 3 inciso 4¹ del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (resolución R-CO-44-2007 de las nueve horas del once de octubre de 2007, reformado mediante resolución número R-DC-31-2012 de las trece horas del siete de marzo de dos mil doce) establece que todo contrato o convenio celebrado con sujetos de derecho público internacional para la realización de proyectos que impliquen actividad contractual y medie la disposición, parcial o total, de fondos públicos y que se sustenten en tratados internacionales o convenios, requieren del refrendo contralor.

Como se puede desprender de la redacción del propio inciso, se optó por un criterio cualitativo para la imposición del requisito de refrendo, puesto que la norma dispone que a dichos contratos les corresponderá cumplir con el refrendo en función de las partes que conforman el contrato, que en este caso serían la Administración y un sujeto de derecho público internacional.

¹ 4) Todo contrato o convenio específico celebrado con sujetos de derecho público internacional para la realización de proyectos en el tanto impliquen actividad contractual y medie disposición total o parcial de fondos públicos y que se sustenten en tratados internacionales o convenios, estos últimos aprobados o no por la Asamblea Legislativa. Quedan excluidos del refrendo los empréstitos o contratos exclusivamente de financiamiento, así como los contratos producto de procedimientos especiales regulados en las leyes que aprueban empréstitos salvo que en ellos se indique que aplica la Ley de Contratación Administrativa.

Sin detrimento de lo anterior, conviene observar que dentro del propio artículo 3 existen incisos que igualmente, definen los contratos que requieren refrendo a partir de criterios cualitativos, por ejemplo, en el inciso 5 cuando se refiere a los contratos suscritos entre sujetos de derecho público. Mientras que existen otros supuestos en los que establecen criterios cuantitativos, como es el caso del inciso 1 del artículo 3, en el que el criterio para la determinación de la aplicación del refrendo viene dado por el monto del contrato. Precisamente, en el caso de los contratos categorizados dentro del inciso 1 del artículo 3 del Reglamento de Refrendo, se establece que requieren refrendo únicamente aquellos contratos administrativos derivados del procedimiento de licitación pública cuando el monto contractual alcance al menos el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra la Administración contratante. En caso de ubicarse en el estrato A, se aplica el monto mínimo para tramitar una licitación pública de ese mismo estrato más un diez por ciento.

Ese dimensionamiento en razón de la cuantía, atiende a un ejercicio razonable y proporcionado de los controles que debe ejercer esta Contraloría General de conformidad con las competencias constitucionalmente atribuidas. Es por ello que, se parte de un ejercicio cuantitativo en materia de refrendo en tanto una aplicación razonable del control en atención a los riesgos involucrados en la contratación misma, de manera que este órgano contralor se concentra en los montos de contratos más significativos en atención al presupuesto de compras de cada Administración, fiscalizando en el control previo los negocios más relevantes de su cartera de contratos.

De esa forma, para efectos de determinar la competencia para otorgar el refrendo en el caso de la presente contratación, se requiere la integración de los incisos 1 y 4 del artículo 3 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, para que se entienda que los contratos que requieren refrendo en virtud de lo dispuesto en el inciso 4 del mismo artículo 3, solo son aquellos casos en los que se supere el monto establecido en el inciso 1 del mismo artículo, quedando excluidos los contratos que no superen dicho monto.

En relación con la posibilidad de complementar otros incisos con la cuantía general del refrendo, ya se ha referido este órgano contralor en el caso de los contratos que requieren refrendo en virtud de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 3 del Reglamento de Refrendo. Así entonces, en el oficio No. 11152 (DCA-1912) del 05 de agosto de 2015, se expuso:

“(...) Ese dimensionamiento en atención al monto, atiende a un ejercicio razonable y proporcionado de los controles que debe ejercer esta Contraloría General de conformidad con las competencias constitucionalmente atribuidas. / (...) Bajo esta inteligencia, se ha definido un ejercicio cuantitativo en materia de refrendo, de tal manera que la intervención llevada a cabo por este órgano contralor se concentre en aquellos negocios de la Administración cuyos contratos representen montos significativos o que representen una inversión cuantiosa de fondos públicos, concentrándose la fiscalización en los negocios más relevantes de cada institución reflejada en los estratos. / De esa forma, se estima que en el caso del fideicomiso remitido, es necesario llevar a cabo una interpretación sistemática de lo establecido en los incisos 1 y 5 de dicho Reglamento; armonizando de esa forma el ejercicio de la competencia

constitucional en el contexto de ambos incisos. Es por ello que debe concluirse necesariamente que no todos los contratos de fideicomiso requerirán el refrendo de la Contraloría General, sino en cuanto la cuantía del negocio supere el límite económico fijado por el inciso 1 del artículo 3 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (...)".

Por consiguiente, en atención a lo que viene dicho entiende este órgano contralor que deben integrarse los incisos 4 y 1 del artículo 3 del Reglamento de Refrendo, en una interpretación congruente y sistémica de la norma que mantengan los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que han sido expuesto por la Sala Constitucional, de tal forma que no todo contrato suscrito con sujetos de derecho público internacional requieran cumplir con el trámite de refrendo, sino únicamente aquellos contratos que alcancen el límite inferior vigente para la tramitación de la licitación pública del estrato superior inmediato al que se encuentra la Administración contratante².

En el caso concreto, el Ministerio de Cultura y Juventud se encuentra en el estrato E, de conformidad con la resolución que actualiza los límites dispuestos en los artículos 27 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa (resolución número R-DC-19-2015 del 19 de febrero de 2015, publicada en La Gaceta número 41 del 27 de febrero de 2015). Por lo que en el caso de las Administraciones que se ubican en este estrato, para la determinación de la procedencia del refrendo se debe observar la cuantía establecida para la tramitación de un procedimiento de licitación pública en el estrato D, que para el caso de contrataciones que no correspondan a obra pública, es de ¢190.900.000,00 (ciento noventa millones novecientos mil colones exactos).

Consecuentemente, a la luz de lo expuesto, siendo que la cuantía del presente contrato ha sido fijada en ¢70.000.000,00 (setenta millones de colones exactos), no alcanza la suma mínima a partir de la cual se requiere cumplir con el trámite de refrendo para la eficacia del contrato.

Por lo tanto, se hace innecesario el refrendo en atención a la cuantía, por lo que corresponde devolver el contrato celebrado entre el Ministerio de Cultura y Juventud y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para el Proyecto de Registros Administrativos. Se deja bajo exclusiva responsabilidad de la Administración, la idoneidad técnica del contratista, la razonabilidad del precio pactado, la legalidad de lo pactado y la verificación de su correspondencia con el ordenamiento jurídico aplicable, sin perjuicio de las potestades de fiscalización posterior de este órgano contralor. De esa manera, le corresponde a ese Ministerio proceder a la aprobación interna del contrato referido.

Finalmente, se advierte que es responsabilidad de la Administración establecer la oportunidad y conveniencia del cumplimiento del objeto convenido, así como de su correcta tramitación y ejecución. De manera tal que satisfaga el interés público y contribuya efectiva y eficientemente a lograr el cumplimiento de sus fines institucionales,

² En el caso de alguna de las Administraciones ubicadas en el estrato A, se aplicaría el monto mínimo para tramitar una licitación pública de ese mismo estrato más un diez por ciento.

mediante el debido acatamiento de la normativa jurídica y técnica que resulte aplicable en su caso y con fundamento en las medidas de control interno que se hayan establecido.

Atentamente,



Alfredo Aguilar Arguedas
Fiscalizador



Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora Asociada



Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado



AAA/chc
NI: 151
Ci: Archivo Central
G: 2016000445-1
Anexos: Si hay