

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST-IJU-095-2017

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

**“LEY SOBRE EL REFRENDO DE LAS CONTRATACIONES DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”**

EXPEDIENTE N° 20.202

INFORME JURÍDICO

ELABORADO POR:

**ALGIÉRIE VANESSA UGALDE CHAVARRÍA
LLIHANNY LINKIMER BEDOYA
ASESORA PARLAMENTARIA**

SUPERVISADO POR:

**LLIHANNY LINKIMER BEDOYA
JEFA DE ÁREA**

REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN POR:

**FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
DIRECTOR A.I.**

22 DE MARZO, 2017

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

TABLA DE CONTENIDOS

I. RESUMEN DEL PROYECTO	3
II. ANÁLISIS DE FONDO	3
III. ANÁLISIS DEL ARTICULADO	5
IV.- ELEMENTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA	11
V.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO	12
Votación:	12
Delegación:	12
Consultas:	12
Obligatorias	12
Facultativas	13
VI. ANTECEDENTES	13

“LEY SOBRE EL REFRENDO DE LAS CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

EXPEDIENTE N° 20.202

I. RESUMEN DEL PROYECTO

El presente proyecto de ley pretende delegarle a las asesorías legales institucionales o a aquellas instancias con especialidad jurídica el refrendo de los contratos que suscriba la Administración Pública; el refrendo podrá ser otorgado vía electrónica mediante el sistema unificado que se regula en la Ley N° 9395, Transparencia de las contrataciones administrativas por medio de la reforma del artículo 40 y de la adición del artículo 40 bis a la ley N° 7494, Contratación Administrativa.

En palabras de sus proponentes:

“...Este proyecto pretende fortalecer el esquema de control interno de la Administración Pública, sobre el cual ejerza la Contraloría General una fiscalización acorde con la Declaración de Lima, concentrándose en verificar los esquemas de control y los resultados por la función de aprobación. Así entonces, el control interno que ejerce la Administración Pública en la toma de decisiones se fortalece, pero no exime al órgano contralor de ejercer sus competencias de control externo...”

II. ANÁLISIS DE FONDO

A) Generalidades

La Ley Orgánica de la Tesorería Nacional y Proveeduría Nacional, Ley N° 201 de 1945, rigió en nuestro país hasta que entró en vigencia la Constitución Política de 1949. Este cuerpo legal estipulaba que todo giro que emitiera la Tesorería Nacional debía de ser presentado ante el llamado Centro de Control para su aprobación y sello, sino se hacía de esa manera no constituía una obligación para el Estado¹.

Sin embargo, esta ley no satisfacía a la administración ni a los ciudadanos y ciudadanas en cuanto al resguardo y correcta fiscalización de los fondos públicos, lo que motivó a los constituyentes redactar y crear un ente independiente que

¹ Artículo 18.- Todo giro u orden de pago que emita la Tesorería Nacional debe ser presentado al Centro de Control para su aprobación y sello. Sin esa formalidad no constituirá obligación para el Estado. El Banco que actúe como Cajero de la República no hará buen pago sin la aprobación y sello del Centro de Control., Ley Orgánica de la Tesorería Nacional y Proveeduría Nacional, Ley N° 201, de 06 de setiembre de 1945

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

vigilara y actuara como rector de la Hacienda Pública que se denominó Contraloría General de la República.

Se creó la Contraloría General de la República y se le dio –entre otras- la potestad y la obligación de visar o refrendar todo gasto del Estado², por lo que los contratos que se suscriben deben ser refrendados para poder ordenar el pago contra los fondos estatales y para que constituya una obligación para el Estado costarricense.

Para el jurista Jorge Romero Pérez el refrendo constituye un acto de aprobación que otorga la Contraloría General de la República a los contratos administrativos.³

Para Cabanellas de Torres, el refrendo es la acción o efecto de refrendar, de legalizar un despacho o cédula, firmando después del superior; como el secretario con respecto al juez.

El Voto 2004-14421 de la Sala Constitucional, de las once horas de dieciséis de diciembre de dos mil cuatro, en lo conducente respecto al concepto del refrendo indicó lo siguiente:

“(...) es un acto de revisión de la legalidad del clausulado del contrato, por tanto una potestad constitucional que se ejerce con total independencia de criterio y que no puede estar condicionada en modo alguno a la participación o a los intereses particulares comerciales que defienden los contratistas”.

En concordancia con lo anterior, se colige que el refrendo contralor es un acto administrativo para dar eficacia a las obligaciones contractuales asumidas por la Administración Pública; un acto de aprobación derivado de la norma constitucional por competencia atribuida a la Contraloría General de la República.

El refrendo del ente fiscalizador es uno de los deberes y atribuciones de la Contraloría General de la República, tanto que del ordinal 184 constitucional es posible colegir que la existencia y posibilidad de fiscalización y liquidación es consustancial a la existencia del órgano fiscalizador. De ahí que la función fiscalizadora ejercida por la Contraloría, emana de la propia Constitución, y en cuanto al gasto, la respectiva orden de pago con cargo a fondos públicos está ligada al control refrendario de este órgano, no pudiendo la Administración bajo

² Artículo 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría: 1) Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República; No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella; 2) Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación; 3) Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos, Constitución Política de la República de Costa Rica.

³ Romero Pérez, Jorge; “El Refrendo Contralor”, Revista de Ciencias Jurídicas N° 101. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

ningún concepto ni excepción obviar ese visado o refrendo con la finalidad de contratar con sujetos de derecho privado.

El instituto en estudio está intrínsecamente relacionado con la capacidad del acto para surtir efectos, convirtiéndose así en un elemento de eficacia del acto administrativo.

La Contraloría General de la República cuando ejerce su obligación de refrendar un contrato no puede anular el acto de adjudicación ni el contrato administrativo, al contrario el acto de refrendo es el medio de aprobación de las obligaciones. En consecuencia, la actividad del ente contralor cuando de emitir el refrendo contralor se trata, examina y verifica las cláusulas contractuales, de manera que se pueda determinar que el contrato administrativo se ajusta al ordenamiento jurídico vigente y a lo solicitado en el cartel de licitación pública, contratación directa, etc.

Actualmente, el contrato surte efectos a partir del momento que cuenta con el refrendo contralor. Dicha aprobación impulsa su inicio o ejecución a partir de la orden respectiva que emita la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 20 párrafo 2º de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Las diferentes instituciones establecen por lo general la vigencia de un contrato, a partir no solo del refrendo sino conjuntamente cuando sea emitida la orden de inicio.

La responsabilidad por la ejecución de un contrato no refrendado es enteramente atribuible a la administración contratante y el efecto que tiene es la nulidad absoluta del contrato, además de la responsabilidad administrativa, civil y penal para el funcionario responsable de dar la orden de inicio de ejecución al contrato no refrendado.

En suma, al ente contralor le corresponde por mandato constitucional garantizar la legalidad y la eficiencia en la utilización de los fondos públicos por parte de la Administración Pública. Este proceso está sujeto a su fiscalización cuando se requiera contratar obras, bienes o servicios, mediante la figura del refrendo como una forma de control *ex ante*. Es decir, el espíritu del constituyente dicta que el órgano contralor tuviese el control antes de que se diera algún incumplimiento o falta de correlación entre lo requerido por la administración y lo ofertado al inicio del contrato y que no se apruebe ningún pago hasta no verificar que esto se cumpla, todo en resguardo de la Hacienda Pública.

III. ANÁLISIS DEL ARTICULADO

ARTÍCULO 1:

El artículo primero del proyecto de ley bajo estudio propone que el refrendo de los contratos que suscriba la Administración Pública, sea realizado electrónicamente por la misma administración, de conformidad con el sistema unificado que regula la Ley de Transparencia de las contrataciones administrativas

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

por medio de la reforma del artículo 40 y de la adición del artículo 40 bis a la ley N° 7494, Ley N° 9395 de 13 de setiembre de 2016. El refrendo estaría a cargo de la asesoría jurídica institucional o de alguna otra instancia con especialidad jurídica que designe el jerarca del ente.

Es necesario hacer hincapié sobre el espíritu que tuvo el constituyente al otorgarle la obligación a la Contraloría General de la República de fiscalizar y resguardar los fondos públicos del Estado, particularmente indicando que no se dará orden de desembolso de dineros públicos si no consta el refrendo del ente contralor⁴. Es decir, el constituyente limitó los desembolsos de la Hacienda Pública a la fiscalización de los contratos administrativos del Estado con terceros de derecho privado mediante al acto de refrendo del ente fiscalizador⁵.

Véase que la Sala Constitucional en reiteradas sentencias⁶ ha indicado que el refrendo es un asunto de legalidad ordinaria cuando se trate de **contratos específicos** en el entendido de que la norma constitucional general que establece el refrendo en el numeral 184.1 no puede vulnerarse o vaciarse de contenido por la legislación ordinaria.

Igualmente, se debe considerar que el constituyente creó una institución fiscalizadora dotada de independencia política, administrativa y económica, con la finalidad de garantizarle la imparcialidad absoluta en las potestades y en los deberes de control de la Hacienda Pública, por lo que al querer delegarle el refrendo a la asesoría jurídica de una institución o a otra instancia que faculte el jerarca, podría presentar conflictos de intereses a nivel administrativo, laboral e incluso político.

Desde el ámbito del Derecho Administrativo la propuesta constituye una delegación de funciones y competencias. Sobre este particular, la Procuraduría General de la República en la Consulta C-325-2009 de 30 de noviembre, 2009 ha establecido aspectos generales y los límites para la aplicación de esta figura jurídica señalando:

“Entre los cambios interorgánicos de la competencia que el ordenamiento autoriza se encuentra la delegación.

La delegación es un cambio de competencia, de acuerdo con el cual el superior puede transferir el ejercicio de sus funciones en el inmediato inferior, **cuando ambos tengan**

⁴ El artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República recoge la Naturaleza Jurídica y Atribución General al indicar: “La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley”.

⁵ “Artículo 3°.- Se continuó en la discusión del capítulo sobre Hacienda Pública: ...El representante ARIAS BONILLA manifestó que hay unos cuantos postulados sobre Hacienda Pública, de máxima importancia para la vida de las naciones, ya que todos los países ordenados se preocupan por la buena marcha de los fondos públicos. Desgraciadamente ocurre que en muchas ocasiones no se cumplen esos principios básicos en todo ordenamiento fiscal...” Acta N° 165, Actas Asamblea Nacional Constituyente.

⁶ Sala Constitucional, Resolución N° 2016-007360, de las nueve horas cinco minutos del primero de junio de dos mil dieciséis.

Sala Constitucional, Resolución N° 2014-14421, de las nueve horas cinco minutos del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

funciones de igual naturaleza (artículo 89 de la Ley General de la Administración Pública). Empero, la ley puede autorizar una delegación no jerárquica o en diverso grado.

A diferencia de la descentralización y la desconcentración, en la delegación no se transfiere la titularidad de la competencia, por lo que el delegado ejerce la competencia que pertenece jurídicamente a otro órgano. Por consiguiente, el órgano delegado no ejerce una competencia propia, sino la del órgano delegante. En ese sentido, la delegación no impone ningún cambio en el orden objetivo de competencias, sino sólo en su ejercicio. Esto explica que la delegación pueda ser revocada en cualquier momento por el órgano delegante (artículo 90, a) de la Ley General de la Administración Pública).

Empero, la posibilidad de delegar la competencia es limitada. Así, no se pueden delegar potestades delegadas. **La delegación debe concernir parte de la competencia y esto en el tanto en que no se trate de la competencia esencial del órgano, que le da nombre o que justifique su existencia.** Impone la ley que el delegado debe ser el inmediato inferior, salvo disposición legal en contrario **y debe tener funciones de igual naturaleza que el delegante.** Asimismo, se prohíbe a los órganos colegiados delegar su competencia, independientemente de la naturaleza de esa competencia. Los límites derivan de lo dispuesto en los artículos 89 y 90⁷ de la Ley General de la Administración Pública (...) ***(lo resaltado es propio)***

En estos términos, existe imposibilidad de delegar las funciones de refrendo que otorga la Contraloría General de la República para que sea asumida por otras instancias administrativas atendiendo a varias razones. Primero tal y como lo ha indicado la Procuraduría General de la República, la figura de la delegación resulta improcedente cuando se trata de competencias y funciones que la Constitución Política le otorga a un órgano de raigambre constitucional.⁸ En segundo lugar los límites a dicha delegación los impone la propia Ley General de Administración Pública, Ley No. 6227, del 23 de julio de 2012, en los artículos 89 y 90 indicados, donde se establece claramente que la figura de delegación procede siempre y cuando no se trate de funciones esenciales del órgano. Asimismo estos numerales imponen que el órgano a quien se delega tenga la misma naturaleza que el órgano

⁷ En tratándose de delegación de competencias la Ley General de Administración Pública indica: **Artículo 89.-** 1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.

2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección.

3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.

4. La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y no para un acto determinado.

Artículo 90.- La delegación tendrá siempre los siguientes límites:

a) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido; b) No podrán delegarse potestades delegadas;

c) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia;

d) No podrá hacerse delegación sino entre órgano de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función; y

e) El órgano colegiado no podrá delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.

Artículo 91.- El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado y podrá ser responsable con este por culpa en la vigilancia. Sólo habrá lugar a culpa en la elección cuando ésta haya sido discrecional.

⁸ Procuraduría General de la República N° C-325-2009 de 30 de noviembre 2009

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

delegante. Es claro que sendas condiciones no se dan en el supuesto que persigue esta iniciativa de ley.

En virtud de lo anterior, esta iniciativa podría contravenir el contenido del numeral 184 inciso 1 de la Constitución Política, considerando que la participación de la Contraloría General de la República sería delegada en la asesoría jurídica o en el departamento designado por el jerarca de cada institución pública; así, el control del ente fiscalizador pasaría a ser posterior, potestativo y su rol dentro del refrendo se ajustaría a una dimensión rectora concentrada en la fiscalización misma de la actividad contractual y del ejercicio del refrendo que realizarán, deshaciéndose así de sus potestades y atribuciones esenciales.

ARTÍCULO 2:

El ordinal número dos de la iniciativa de ley se refiere a las consecuencias de la omisión del refrendo en un contrato y a la posibilidad y condiciones para refrendar un contrato posterior a la ejecución del mismo.

Como se indicó supra, el principal alcance jurídico que tiene el refrendo contralor es dar eficacia al contrato administrativo para que éste pueda hacerse efectivo y desplegar los efectos jurídicos planteados. En otras palabras, si un contrato se le otorga efectos jurídicos sin haber recibido el refrendo contralor, es ineficaz y está viciado de nulidad.

De la lectura del numeral sub examine se infiere que hay una pretensión tendiente a que el refrendo no constituya un elemento de eficacia, pues permite y enumera una serie de condiciones por las que el jerarca institucional puede autorizar el refrendo posterior a la orden de inicio del contrato.

Las personas proponentes de este proyecto de ley pretenden favorecer la efectiva satisfacción del interés público y el principio de conservación de los actos, permitiendo que un contrato se refrende posterior a la orden de inicio del mismo; sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, un contrato necesita del refrendo para surtir efectos jurídicos, por lo que un contrato sin refrendo que haya iniciado su ejecución contiene un vicio de nulidad.

ARTÍCULOS 3 Y 4:

Los numerales 3 y 4 de la iniciativa de ley se refieren a las sanciones para la administración por el inicio de un contrato sin refrendo, cuando se cumplan las condiciones del artículo 2 de esta iniciativa, e incluyen la figura de las sanciones a los contratistas cuando no verifiquen que el contrato haya sido refrendado; para que los contratistas –sujetos de derecho privado-tengan derecho a reclamar una indemnización por incumplimiento de la administración o para tener derecho a recibir el pago por su trabajo, deben cerciorarse de que el contrato este debidamente refrendado antes de iniciar su ejecución.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Esta asesoría considera que la verificación del refrendo es una función propia de la Administración Pública; no obstante, si se quisiera incluir una norma como esta tendría que armonizarse con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa N° 7494 de 2 de mayo de 1995 en su artículo 100 inciso g) que indica: “La Administración o la Contraloría General de la República inhabilitarán para participar en procedimientos de contratación administrativa, por un período de dos a diez años, según la gravedad de la falta, a la persona física o jurídica que incurra en las conductas descritas a continuación:

(...)

g) Sin motivo comprobado de caso fortuito o fuerza mayor, no inicie las labores propias de la obra de que se trate, **dentro del mes siguiente al refrendo del contrato respectivo por parte de la Contraloría General de la República**, sin perjuicio de la ejecución de la garantía correspondiente o de otro tipo de responsabilidades legales que quepan (lo resaltado es nuestro)

De igual manera el artículo 21 de este mismo cuerpo normativo indica:

“Verificación de procedimientos. Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual.

En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley.”

En estos términos, parece que el supuesto que incluye la norma que se propone en el proyecto de ley ya estaría contemplada en el numeral 21 de marras indicado.

ARTÍCULO 7.- A efectos de lograr un mejor entendimiento de la reforma planteada en este artículo se adjunta el siguiente cuadro comparativo

CUADRO COMPARATIVO ENTRE EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N° 7428 DE 7 DE SETIEMBRE DE 1994 Y LA REFORMA PROPUESTA EN EL PROYECTO DE LEY 20.202

LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N° 7428 DE 7 DE SETIEMBRE DE 1994	REFORMA AL ARTÍCULO 20 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, LEY N° 7428 DE 7 DE SETIEMBRE DE 1994
Artículo 20.- Potestad de aprobación de actos y contratos. Dentro de un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, la Contraloría aprobará los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito. No están sujetos a este trámite obligatorio, los contratos de trabajo ni los que constituyan	Artículo 20.- Potestad de fiscalización sobre el ejercicio del refrendo La Contraloría General de la República podrá fiscalizar cualquier aspecto vinculado con el ejercicio del refrendo que realiza la Administración Pública, incluidos los esquemas de control interno que esta aplique. Para esos efectos, la Contraloría

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

actividad ordinaria, de conformidad con la ley. La falta de pronunciamiento dentro de este plazo da lugar al silencio positivo.

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

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

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

General de la República requerirá toda la información necesaria a la Administración, quien tendrá la obligación de proporcionarla en el plazo que se indique.

Para los efectos de la fiscalización en esta materia, la Contraloría General de la República deberá emitir lineamientos que regulen los aspectos mínimos del refrendo de la Administración, tales como categorías contractuales, montos, modalidades, objetos, el alcance del análisis de legalidad de los contratos, entre otros. Estos lineamientos también podrán agregar elementos adicionales para la motivación mínima que regula el artículo 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, así como disponer los supuestos en que la Contraloría General decida resolver el conocimiento del refrendo desarrollado en esta ley.

La reforma planteada al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, es conteste con el objeto del contenido de toda la propuesta al cederle a las instituciones públicas la potestad y el deber de refrendar los contratos administrativos. Véase que la reforma establece con carácter potestativo –no obligatorio- la posibilidad de que la Contraloría General de la República fiscalice el refrendo emitido por las instituciones de la Administración Pública. Al indicar: “**La Contraloría General de la República podrá fiscalizar cualquier aspecto vinculado con el ejercicio del refrendo que realiza la Administración Pública**”, queda claro que la labor de fiscalización del refrendo tampoco resulta obligatoria para la entidad contralora lo cual podría presentar contradicción con el artículo 184.1 de la Constitución Política al dejar potestativa una competencia, intransferible⁹ e indelegable¹⁰ por tratarse de competencias establecidas constitucionalmente.

⁹ La ley General de Administración Pública en el numeral 85, 86 y 87 respecto a la transferencia de competencias indica:

Artículo 85.- 1. Toda transferencia de competencias externas de un órgano a otro o de un servidor público a otro, tendrá que ser autorizada por una norma expresa, salvo casos de urgencia.

2. En toda hipótesis, la norma que autoriza la transferencia deberá tener rango igual o superior al de la que crea la competencia transferida.

3. No podrán hacerse transferencias por virtud de práctica, uso o costumbre.

Artículo 86.- No podrán transferirse las competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución.

Artículo 87.- 1. Toda transferencia de competencia deberá ser temporal y salvo el caso de la suplencia y de la sustitución de órgano, claramente limitada en su contenido por el acto que le da origen.

2. Toda transferencia de competencia deberá ser motivada, con las excepciones que señala esta ley.

3. La violación de los límites indicados causará la invalidez tanto del acto origen de la transferencia, como de

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Es importante reiterar lo manifestado en líneas anteriores respecto a que el control y fiscalización de los contratos administrativos que suscriba alguna de las instituciones del estado es parte de las funciones y razones de ser la Contraloría General de la República; pues fue dotada de independencia funcional, administrativa, económica y política con el objetivo de que contrastara y realizara un análisis de legalidad para verificar que el convenio este apegado al ordenamiento jurídico y a lo requerido por la administración en el cartel de licitación o en la contratación directa.

Se indica en la reforma que el ente contralor se reserva el derecho de fiscalizar el contrato en cualquier etapa del mismo, así como disponer de los supuestos en los que decida resolver el refrendo; sin determinar ni enumerar cuáles son los supuestos por los que retiraría el refrendo de la administración para estudiarlo la Contraloría, lo que crea inseguridad jurídica.

En síntesis, al tenor de los elementos de constitucionalidad y de legalidad indicados la iniciativa podría presentar roces con la Constitución Política.

IV.- ELEMENTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Atendiendo a elementos de seguridad jurídica se recomienda que en artículo 1 donde hace referencia a la Ley 9375 se incluya el nombre completo de la ley y la fecha de vigencia. En este sentido se indica que de acuerdo al SINALEVI, el nombre oficial es: ***“Ley de Transparencia de las contrataciones administrativas, por medio de la reforma del artículo 40 y de la adición del artículo 40 bis a la ley N° 7494, Contratación Administrativa”*** N°9395 del 13 de setiembre de 2016

Igual observación procede para el artículo 6 del proyecto de ley que refiere a esta misma ley.

los dictados en ejercicio de esta.

¹⁰ En tratándose de delegación de competencias la Ley General de Administración Pública indica: **Artículo 89.-** 1. Todo servidor podrá delegar sus funciones propias en su inmediato inferior, cuando ambos tengan funciones de igual naturaleza.

2. La delegación no jerárquica o en diverso grado requerirá de otra norma expresa que la autorice, pero a la misma se aplicarán las reglas compatibles de esta Sección.

3. No será posible la delegación cuando la competencia haya sido otorgada al delegante en razón de su específica idoneidad para el cargo.

4. La delegación deberá ser publicada en el Diario Oficial cuando sea para un tipo de acto y no para un acto determinado.

Artículo 90.- La delegación tendrá siempre los siguientes límites:

a) La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la ha conferido; b) No podrán delegarse potestades delegadas;

c) No podrá hacerse una delegación total ni tampoco de las competencias esenciales del órgano, que le dan nombre o que justifican su existencia;

d) No podrá hacerse delegación sino entre órgano de la misma clase, por razón de la materia, del territorio y de la naturaleza de la función; y

e) El órgano colegiado no podrá delegar sus funciones, sino únicamente la instrucción de las mismas, en el Secretario.

Artículo 91.- El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado y podrá ser responsable con este por culpa en la vigilancia. Sólo habrá lugar a culpa en la elección cuando ésta haya sido discrecional.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

Por otra parte, en el artículo 7 que Reforma al artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, segundo párrafo se indica: “**Estos lineamientos también podrán agregar elementos adicionales para la motivación mínima que regula el artículo 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública (...)**”, lo cual constituye una incorrecta técnica legislativa ya que la referencia es hacia disposiciones de otro cuerpo normativo que no ha sido aprobado y por tanto carece de fecha y número de ley. En este sentido se recomienda por claridad de la norma que se transcriban del artículo 2 del proyecto los elementos adicionales para la motivación mínima que regula el artículo 2 del proyecto de ley y que se propone incluir en el numeral 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Es importante indicar que el transitorio I resulta innecesario puesto que dentro de las facultades que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República está precisamente de dictar los lineamientos en materia de sus competencias¹¹.

V.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Votación:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 119 de la Constitución Política esta iniciativa de ley requiere de la mayoría absoluta de los votos presentes.

Delegación:

El Presente proyecto de ley se excluye de las excepciones estipuladas en el artículo 124 párrafo tercero, en concordancia con el 121 constitucional, en virtud de ello se puede delegar en una Comisión con Potestad Legislativa Plena

Consultas:

Obligatorias

- Ninguna en particular

¹¹ El artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República indica: “Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan. La Contraloría General de la República dictará, también, las instrucciones y órdenes dirigidas a los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización”. (...)

De igual manera el artículo 24 del mismo cuerpo legal indica: Potestades de dirección en materia de fiscalización. La Contraloría General de la República podrá dictar los planes y programas de su función fiscalizadora, así como las políticas, los manuales técnicos y las directrices que deberán observar los sujetos pasivos en el cumplimiento del control interno, por medio de los órganos correspondientes.

Facultativas

- Contraloría General de la República
- Procuraduría General de la República
- Corte Suprema de Justicia
- Ministerio Público
- Defensa Pública
- Ministerios
- Instituciones Autónomas
- Instituciones Semiautónomas
- Municipalidades e Intendencias
- Instituciones Descentralizadas
- Defensoría de los Habitantes
- UCCAEP
- Universidades Estatales
- Bancos del sistema bancario nacional
- Asociación Bancaria Nacional

VI. ANTECEDENTES

- ✓ Constitución Política.
- ✓ Cabanellas de las Torres, Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, Buenos Aires, 17ª Edición, Editorial Heliasta, 2005.
- ✓ Romero Pérez, Jorge Enrique; “Contratación Pública”, San José, Costa Rica, 1º Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, 2003.
- ✓ Romero Pérez, Jorge Enrique; El Refrendo Contralor, “Revista de Ciencias Jurídicas N° 101”, San José, Costa Rica, mayo-agosto 2003.
- ✓ Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
- ✓ Ley de Contratación Administrativa y Reglamento de Contratación Administrativa.
- ✓ La Ley Orgánica de la Tesorería Nacional y Proveduría Nacional, Ley N° 201 de 06 de setiembre de 1945.
- ✓ Dr. Ernesto Jinesta Lobo, Principios Constitucionales que rigen a las Administraciones Públicas.
www.ernestojinesta.com/_.../PRINCIPIOS%20CONSTITUCIONALES%20Q UE%20R
- ✓ Acta N° 165, Actas Asamblea Nacional Constituyente.
- ✓ Sala Constitucional, Resolución N° 2014-14421, de las nueve horas cinco minutos del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro.
- ✓ Sala Constitucional, Resolución N° 2016-007360, de las nueve horas cinco minutos del primero de junio de dos mil dieciséis.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

/lsch
22-3-2017