

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA
REPÚBLICA DE COSTA RICA**

PROYECTO DE LEY

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

**VARIAS SEÑORAS DIPUTADAS
Y SEÑORES DIPUTADOS**

EXPEDIENTE N.º 20.202

**DEPARTAMENTO DE SERVICIOS
PARLAMENTARIOS**

PROYECTO DE LEY
LEY SOBRE EL REFRENDO DE LAS CONTRATACIONES
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Expediente N.º 20.202

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

I. Revisión del refrendo en Costa Rica

Con la emisión de la resolución N.º 5947, de 19 de agosto de 1998, la Sala Constitucional perfiló la figura del refrendo con un alcance constitucional en las regulaciones del artículo 184 de la carta política. En esa oportunidad indicó que la figura era de aplicación para la actividad contractual de toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución de Gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado. Posteriormente, la misma Sala dimensionó en la resolución N.º 9524, de 3 de diciembre de 1999, que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, que la Contraloría General defina condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus propias competencias; por lo que históricamente se ha regulado el requisito de eficacia en el reglamento emitido al efecto por el órgano contralor.

En el año 2004, nuevamente la Sala Constitucional delimitó los alcances de la figura al amparo de los principios de eficiencia y eficacia en la contratación administrativa, mediante la resolución N.º 14421, de 17 de diciembre de 2004, lo cual le permitió a la Contraloría General remozar la regulación reglamentaria en esa materia, que es justamente la normativa que regula esa competencia en la actualidad.

Ahora bien, para la Contraloría General no resulta extraño someterse a constantes ejercicios de autoevaluación, como se refleja en el libro de *Controles Previos Externos: una discusión impostergable* (2011), por lo que en la actualidad la Contraloría General estima que existen circunstancias propicias para generar propuestas a partir de la experiencia generada por el ejercicio de la competencia, que puedan modificarla para adaptarlo a la dinámica actual de la contratación administrativa, a la evolución de los controles de aprobación y en general a una lectura finalista del control.

Por otra parte, debe considerarse en primer término que desde 1998 la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (Intosai), siendo una organización no gubernamental que pertenece al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y que ejerce el rol de orientador mundial en la materia de fiscalización, ha venido realizando consideraciones sobre el ejercicio de competencias de fiscalización, en concreto, mediante el artículo 13 punto 3 de la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización¹, definió que los métodos de control deben

adaptarse continuamente a los progresos de las ciencias y técnicas relacionadas con las operaciones. De igual forma, el artículo 2 punto 4 de la misma declaración señala que la situación legal, las circunstancias y necesidades de cada país determinan si una entidad fiscalizadora superior ejerce un control previo. Es por ello, que en la valoración del refrendo se hace imperativo ponderar las nuevas realidades y circunstancias que puedan rodear la figura.

En este sentido, la Contraloría General de la República se configura como el rector del sistema de fiscalización y control de la Hacienda Pública, que tiene como parte de sus fines el de garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y en el manejo de los fondos públicos por parte de los entes sujetos a su control, tal y como se desprende de los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República². Por lo que le corresponde estructurar el sistema de control y fiscalizar la forma en que las entidades administran su esquema de riesgos de frente al ejercicio de las diferentes competencias. Es por ello, que dentro de esta visión del control, el refrendo resulta una competencia que armoniza con la lógica de estos esquemas.

Desde la óptica jurídica, debe considerarse que la Sala Constitucional ha venido perfilando a través de su jurisprudencia el alcance de dicha competencia, delimitando el ámbito subjetivo y objetivo de su aplicación. En ese sentido, el ejercicio de la competencia y los problemas cotidianos que se enfrentan requieren que se adapte y se ajuste las responsabilidades de la Administración Pública, permitiendo que la Contraloría General se concentre en otro tipo de competencias que ostenta en materia de contratación pública³ y reestructurando el control externo que ejerce, entre ellos la figura del refrendo.

¹ Intosai, "Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización". Revista Internacional de Auditoría Gubernamental, finales de 1998 http://es.issai.org/media/14482/issai_1s.pdf

² Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por medio de la sentencia N.º 2007-006611 de las catorce horas con cincuenta minutos del dieciséis de mayo del dos mil siete, dispuso que: "(...) La fiscalización o vigilancia de la Hacienda Pública solo es posible en un ordenamiento donde el Derecho no solo rige la actuación del Estado, sino que fundamenta y limita su ejercicio. En este sentido, las competencias atribuidas por el legislador a la Contraloría General a través de su Ley Orgánica reflejan su propósito de potenciar su naturaleza de "órgano constitucional fundamental del Estado...en el control superior de la Hacienda Pública", así como la rectoría del sistema de fiscalización (artículo 1). Ese carácter "superior" del control deriva de la posición institucional que la Contraloría General ocupa en relación con los otros organismos que pueden ejercer control en este caso, lo que es reafirmado a través de diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Contraloría, dirigidas a regular y organizar el sistema de fiscalización del país (...)"

³ A manera de ejemplo, en cuanto a la competencia en relación con el conocimiento de impugnaciones que ejerce la CGR ha indicado la OCDE: "Recursos eficaces para recurrir las decisiones de contratación son esenciales para construir la confianza de los oferentes en la integridad e imparcialidad del sistema de compras. Los aspectos clave de un sistema de recursos eficaz son el acceso oportuno, la revisión independiente, la resolución oportuna y eficaz de quejas, así como las soluciones adecuadas (OCDE, 2009). Es esencial recurrir antes de firmar un contrato impugnado para asegurarse de que un oferente agraviado mantenga una posibilidad de ganar una contratación. La CGR en Costa Rica actúa como un órgano donde los oferentes potenciales pueden presentar objeciones contra los carteles de contratación y contra cualquier entidad legalmente establecida, esto cuidando de los intereses de la comunidad donde tiene lugar la compra." OCDE, "Estudio de Gobernanza Pública Costa Rica Buena Gobernanza: De Procesos a Resultados" (la versión original de este documento fue publicado bajo el título: Costa Rica: Good Governance, from Process to Results, 2015 OECD. Ministerio de Planificación Nacional y Política

Así entonces, como parte de las transformaciones que ha conllevado el hecho de que a nivel global los distintos países unieran sus mercados, sociedades y culturas, en particular algunos mercados regidos bajo un monopolio estatal, cedieron ante procesos de apertura a la competencia, lo cual necesariamente generó la necesidad de adaptar la normativa a esa realidad. Bajo este contexto, la Sala Constitucional por primera vez rompió el enfoque histórico y se refirió al refrendo como un aspecto de legalidad, al resolver sobre las consultas legislativas facultativas de constitucionalidad interpuestas respecto a la aprobación del proyecto de “Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones”, así como respecto del proyecto de “Ley Reguladora del Mercado de Seguros”.⁴

En concreto, en la resolución 2008-011210 la Sala Constitucional se pronunció con respecto al refrendo de la siguiente forma: “...el desarrollo del refrendo contralor como una forma específica de aprobación, en el ejercicio de la tutela administrativa o dirección intersubjetiva ejercida por la Contraloría General de la República, que dota de eficacia a determinados actos, es una cuestión de legalidad ordinaria, salvo los supuestos genéricos en que el constituyente originario lo impone”. De esa forma, la Sala Constitucional no deja de lado el alcance constitucional, pero complementa su lectura con la posibilidad de que el legislador ordinario desarrolle la competencia; sobre lo que se entiende que el legislador debe respetar la competencia de la Contraloría General sin perjuicio de que lo armonice con su rol de rectoría del sistema de control según se expuso, por ejemplo, emitiendo lineamientos y realizando fiscalización sobre la figura.

En forma reciente, la Sala al resolver la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad interpuesta respecto a la aprobación del proyecto de Ley de Fortalecimiento del Instituto Costarricense de Ferrocarriles (Incofer) y Promoción del Tren Eléctrico Interurbano de La Gran Área Metropolitana⁵, reiteró que el refrendo es una cuestión de legalidad ordinaria⁶, siguiendo el criterio expuesto en la resolución que dio respuesta a las consultas legislativas de las leyes especiales del ICE y el INS.

Al analizar el entonces proyecto, la Sala Constitucional precisó su enfoque y permitió comprender con mayor claridad los alcances y la dimensión constitucional que hasta ese momento había dado al refrendo ejercido por la Contraloría General, situación que permite replantear los alcances de la figura.

Coincidentemente, la OCDE identifica a la Contraloría General de la República entre los actores claves en el proceso de contratación, reconociendo que realiza tres funciones principales: el control ex ante, el control ex post y la resolución de

Económica (MIDEPLAN) y Ministerio de Comercio Exterior (COMEX) para la edición en español, página 116. En un sentido similar respecto de la relevancia de procedimientos de impugnación en la contratación pública puede verse WTO, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, New York, Cambridge University Press, 2011, páginas 483 a 486.

⁴ Resolución N.º 2008-011210 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las quince horas del dieciséis de julio de dos mil ocho y resolución N.º 2008-010450 de las nueve horas y cero minutos del veintitrés de junio de dos mil ocho.

⁵ Ley N.º 9366 del 28 de julio de 2016.

⁶ Resolución N.º 2016-007360 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las nueve horas cinco minutos del primero de junio de dos mil dieciséis.

impugnaciones; pero recomienda al país valorar el rol de la Contraloría General en cuanto al refrendo migrándolo hacia los controles de auditoría *ex post*, potenciando junto a ello el funcionamiento de los controles internos⁷.

Sobre la figura del refrendo, la OCDE destaca el hecho de que la Contraloría General ha venido realizando esfuerzos para reducir la cantidad de contratos que debe aprobar, al devolver parte de la responsabilidad a la entidad de compras⁸. Estas modificaciones promueven la necesidad de empoderar a la Administración Pública en las diferentes etapas del procedimiento de compra, así como haciendo un ejercicio del refrendo orientado en tipos contractuales y la cuantía de los negocios, por lo que no resulta novedoso un ejercicio de dimensionamiento de esta competencia.

Este planteamiento pareciera complementarse con el enfoque comentado de la Sala Constitucional sobre el desarrollo del refrendo, delimitándolo como una cuestión de legalidad, ya en tres de sus resoluciones de los últimos años.

De esa forma, resulta un momento propicio para que en el seno de la Asamblea Legislativa se pueda discutir un reenfoque del ejercicio del refrendo que se ha venido haciendo históricamente por la Contraloría General.

Al respecto, puede decirse que la experiencia de este órgano contralor en la aplicación de esta figura permite afirmar que se ejerce en una etapa compleja por ubicarse al final del procedimiento, esto es cuando la relación contractual es válida (acto de adjudicación en firme) y perfeccionada conforme el ordenamiento jurídico. De ahí entonces, el refrendo se convierte en una revisión de que el contrato formalizado se

⁷ Sobre esa distinción y la necesidad de que el control ejercido mediante el refrendo sea replanteado ha señalado la OCDE: “La Contraloría General de la República realiza tres funciones principales: el control *ex ante* (es decir, la aprobación de los presupuestos de instituciones descentralizadas territorialmente e institucionalmente, así como también la creación de un procedimiento de compras del sector público para casi todas las entidades públicas y la aprobación de excepciones a la licitación pública), el control *ex post* y la resolución de impugnaciones. (...) El control *ex ante* de legalidad (o *refrendo* como se le conoce en Costa Rica) es un elemento básico del ejercicio de la CGR. El *Refrendo* es una verificación preventiva y *ex ante* de la legalidad de determinados actos administrativos, el cual está centrado exclusivamente en el cumplimiento legal frente al espectro entero del marco jurídico nacional aplicable. El *refrendo* es visto como un instrumento de control importante para el mantenimiento de la ley y el orden, que puede asociarse con la legitimidad de la acción administrativa y con la confianza en el gobierno. / Además del control *ex ante*, la CGR también lleva a cabo un control *ex-post*. En este sentido, la Contraloría examina la forma en que las entidades gastan los fondos públicos y determina si se ajustan a la ley. La CGR en Costa Rica, así como en Brasil, Chile, Italia, Portugal y España, tiene la facultad de imponer sanciones administrativas a los responsables de cometer actos ilegales en el manejo de fondos y patrimonio público. Sin embargo, las partes interesadas mencionan que los controles *ex post* son limitados y que la CGR debe reforzar este rol.” OCDE, “Estudio de Gobernanza Pública Costa Rica Buena Gobernanza: De Procesos a Resultados” (la versión original de este documento fue publicado bajo el título: Costa Rica: Good Governance, from Process to Results, 2015 OECD. Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) y Ministerio de Comercio Exterior (COMEX) para la edición en español, páginas 114 y 115.

⁸ OCDE, “Estudio de Gobernanza Pública Costa Rica Buena Gobernanza: De Procesos a Resultados” (la versión original de este documento fue publicado bajo el título: Costa Rica: Good Governance, from Process to Results, 2015 OECD. Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN) y Ministerio de Comercio Exterior (COMEX) para la edición en español, páginas 118, 119 y 121.

ajuste con la oferta, el acto final y el cartel del concurso; pese a que la propia Administración cumple con esa obligación de previo a remitirlo a la Contraloría General.

Sobre el tema se ha indicado por el órgano contralor desde el año 2005 que:

“Por las razones ya descritas, el refrendo contralor se ha colocado de manera sistemática bajo el foco de atención de la comunidad nacional. Es probablemente el mecanismo de control previo sobre el que más se discute. Están los que señalan la necesidad de su existencia, como mecanismo de aseguramiento de la legalidad de la actividad contractual, pues su ausencia dejaría por la libre la formalización de contratos ilegales. Otros exponen que es un medio de control que entraba la gestión administrativa y que se presta para que la Contraloría General imponga sus valoraciones de oportunidad y conveniencia a la Administración (...) En primer término, debe señalarse que el refrendo se produce en la etapa final del procedimiento de adquisición de bienes y servicios, pues se trata de un requisito de eficacia. Esta ubicación plantea algunos temas relevantes. Uno de ellos es el de la ponderación de vicios de nulidad que se detecten: ¿cuál debe ser la postura de la Contraloría General de frente a vicios de nulidad?, ¿deben esos vicios ser declarados y por lo tanto denegar la posibilidad de la ejecución contractual y echar por la borda un procedimiento completo de contratación administrativa? / Estas preguntas, entre otras varias, se presentan de manera cotidiana en el análisis contractual a cargo del órgano contralor. Sobre el particular, y dado que es imposible tener respuestas absolutas en esta materia, lo cierto es que la Contraloría General ha incorporado como parámetro lo resuelto por la Sala Constitucional, según ya se ha reseñado, en el sentido de que los controles en materia de contratación administrativa, deben tener por norte fundamental procurar que la misma se ciña a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos, pero en el entendido de que todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben también procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, por lo que ni los procedimientos ni los mecanismos de control pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos.”⁹

Esta regulación de la figura conforme los límites que tiene el acto de aprobación que ha definido la Sala Constitucional ha convertido en esencia el refrendo en una revisión del cumplimiento de los requisitos de los artículos 8 y 12 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, considerando que ciertamente por su naturaleza, no es un mecanismo para hacer auditorías ni para atender denuncias o declarar nulidades.

⁹ Memoria Anual 2005, p.15.

A modo ejemplificativo debe decirse que, no en pocas oportunidades el incumplimiento de aspectos sencillos representa requerimientos de información, que son atendidos bajo esquemas verticales de las administraciones, consumiendo amplias cantidades de tiempo del trámite e impactando la atención oportuna.

No se desconoce en otras ocasiones, que ciertamente se requiere realizar modificaciones al contrato porque no se ajusta a lo dispuesto en el cartel o en la oferta, pero las mayores discusiones versan sobre aspectos que no se contemplaron en el contrato o sobre cláusulas contractuales que no encuentran sustento en análisis motivados o previsiones de planificación apropiada. Un caso concreto podría ser la reubicación de servicios públicos o expropiaciones que muchas veces se regulan pobremente en los contratos complejos de obra pública y que no han sido debidamente atendidas por las administraciones que remiten los contratos a refrendo.

Sumado a lo anterior, debe dimensionarse que el refrendo se visualiza como una instancia indirecta para que diversos actores sociales puedan oponerse a un proyecto, pese a que se trata de una etapa en la que lo que resta es revisar el cumplimiento de los aspectos enumerados en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública y que ya previamente ha hecho la Administración. Sobre el particular también se indicó en la Memoria Anual 2005:

“Debe mencionarse otra tendencia particularmente riesgosa que se identifica en la actualidad con respecto al refrendo contralor, y es que ya sea con intereses sanos y legítimos, o bien con la intención de procurar anular a toda costa un acto de adjudicación que no se pudo combatir de manera exitosa por medio de las vías de impugnación ordinarias, el refrendo es enfocado por algunos sectores como un trámite que permite analizar a partir de cero todos los actos de la administración, para evitar la eficacia del contrato administrativo, sin parar mientes en el costo social de la desatención de las necesidades públicas. Sobre el particular, este órgano contralor reitera que el trámite de refrendo no es un momento procesal adicional a disposición de las partes interesadas en una contratación para dirimir controversias propias del procedimiento de selección del contratista.”¹⁰

También debe agregarse, los supuestos en que la Administración remite a refrendo los contratos con la finalidad de que sea la Contraloría General la que vía requerimientos zanje discusiones internas o valide de frente a terceros lo actuado (por ejemplo ante entidades financieras internacionales). En tales casos, se genera una falsa expectativa para muchos involucrados; pues lo primero que debe considerarse es que el otorgamiento del refrendo no es una garantía de que la Administración definió bien el objeto contractual, ni de que el precio es razonable, ni tampoco que no existirán problemas en la ejecución contractual; puesto que se trata de una revisión de que los requisitos se acreditan en el expediente administrativo y en el contrato formalizado.

¹⁰ Memoria Anual 2005, p.18.

Por lo demás, la figura del refrendo no puede obligar a la Administración a enmendar una cláusula contractual, sino simplemente debe referirse a su legalidad y, por ende, conceder o no la aprobación del contrato. De esa forma, no es la vía para enmendar la adjudicación, ni constituye una vía indirecta para detener la ejecución del contrato¹¹, tampoco podría implicar la coadministración o un análisis de oportunidad y conveniencia que compete a la Administración. Sobre este tema se ha indicado reiteradamente por la Contraloría General:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, Reglamento R-CO-44 (en adelante Reglamento de Refrendo), la labor del órgano contralor dentro del trámite de refrendo, concebido como un análisis de legalidad, se circunscribe a examinar y verificar que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, según los términos previstos en el artículo 8 del mismo texto normativo. Esto es, que exista una concordancia entre el cartel como reglamento específico de la contratación, la oferta formulada y el ordenamiento jurídico en su plenitud. / Asimismo, dentro del esquema de refrendo previsto en nuestra legislación, la Contraloría General de la República no valida los criterios técnicos contenidos dentro del expediente administrativo, que fungen finalmente como sustento de la contratación. Este órgano de control superior, únicamente verifica la existencia de dichos criterios y el apego de la tramitología del procedimiento de contratación al bloque de legalidad, entendiendo que bajo dichos criterios pesa la valoración técnica de la Administración sobre el objeto del contrato, la idoneidad del contratista para atenderlo y en general las reglas para garantizar una adecuada ejecución técnica. Lo anterior, en la medida que le corresponde a los propios funcionarios de la respectiva Administración –en razón de su idoneidad técnica- asumir dichos análisis, por lo que a esta Contraloría General le corresponde en el análisis de legalidad la verificación de que se haya realizado dicha labor pero no el fondo de esas valoraciones. / Por lo tanto, tal y como lo dispone el artículo 9 del supracitado reglamento, el análisis de legalidad efectuado por este órgano se limita a los aspectos detallados en el mencionado artículo 8 de la misma normativa. Consecuentemente, se presume la legalidad de los demás aspectos no contemplados dentro del análisis referido, los cuales son de exclusiva responsabilidad de la Administración. Lo anterior, sin detrimento de una revisión futura, que en el ejercicio de las potestades de fiscalización posterior sea posible articular. / Al tenor de lo que viene dicho, es claro que este órgano contralor al momento de analizar cada solicitud de refrendo no entra a valorar ni la oportunidad ni la conveniencia de la contratación incoada, considerando que son aspectos que le corresponden exclusivamente a la Administración dentro del ámbito de su discrecionalidad y no se enmarcan dentro del estudio de legalidad que implica el refrendo.”¹²

¹¹ A efectos de ejemplificar este tipo de situaciones, puede verse la noticia: Contreras, Gabriela, Solicitan a Contraloría suspender refrendo de concesión San José-San Ramón, CR HOY, 11 de marzo de 2013. Tomado de: <http://www.crhoy.com/archivo/solicitan-a-contraloria-suspender-refrendo-de-concesion-san-jose-san-ramon/nacionales/>.

¹² Entre otros puede verse el oficio No. 5262 del 26 de abril de 2016.

Conforme lo expuesto, resulta más apropiado para la dinámica eficiente del procedimiento de contratación administrativa que la Contraloría General se concentre en la labor de impugnación cuando los actos no están firmes entre otras de sus competencias relevantes, de forma que en el caso del refrendo se deje para la verificación posterior de una actividad de aprobación que ya ejerce en la actualidad la Administración.

En forma complementaria, deben mencionarse también los programas de fiscalización enfocados al proceso de contratación administrativa que ha llevado a cabo la Contraloría General de la República. Esos estudios han tenido un abordaje integral, el cual contempla las fases de planificación, procedimientos y control contractual. Para ello, se han apoyado por procesos de inteligencia de negocios consistentes en la integración de bases de datos de los sistemas de contratación y de otra información relacionada.

Dentro de estas experiencias de fiscalización puede destacarse la "Evaluación del Sistema de gestión de las adquisiciones en el sector público", se inició en el 2008 y concluyó en el 2012, con el objetivo de promover la eficiencia, la eficacia, la oportunidad, la transparencia y la rendición de cuentas en relación con la gestión de las adquisiciones de bienes, servicios y de proyectos del sector público. Este estudio que se realizó en un grupo de 26 entidades, que se seleccionaron por su relevancia en cuanto a sus volúmenes de compras y evaluó las decisiones adoptadas en materia de: a) identificación, selección y priorización de los requerimientos de adquisiciones; b) de la ejecutoria de los procedimientos de selección y contratación del contratista y; c) del control y cierre de la ejecución contractual de sus principales adquisiciones.

En un sentido similar se puede mencionar la fiscalización denominada "Prevención de la Corrupción en las Adquisiciones del Sector Público", que inició en el año 2015 con las fiscalizaciones en un grupo de 8 entidades, precisamente con el objetivo de examinar las transacciones de los procesos de la contratación administrativa, con el propósito de documentar indicios y vulnerabilidades que permitan definir la exposición al riesgo de la entidad y fortalecer las prácticas, los procesos y la normativa interna tendentes a identificar y prevenir el fraude en las fases tempranas de la contratación de proyectos de inversión, de bienes y de servicios públicos.

Como se puede ver la fiscalización integral de la materia de la contratación no resulta ajena al ejercicio de un control externo sobre la hacienda pública, bajo el cual se estaría enmarcando la fiscalización que haría la Contraloría General a los esquemas de control interno que se definan para refrendar los contratos que realicen las administraciones, aplicando para ello estrategias en la planificación basada en riesgos, así como las diversas herramientas de la fiscalización e investigación como ya se hace precisamente en la actualidad.

II. Alcances y justificaciones de la propuesta

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.

En línea con esa variación en los momentos en que se ejerce la fiscalización, conviene señalar que se ha planteado este tema únicamente para el caso del refrendo, el cual se realizaría en el control de los sistemas de control interno que implemente la Administración, lo que no resulta tampoco algo desconocido para la Contraloría General, sino que se sumaría a la fiscalización que en general ya se hace a la contratación administrativa. En ese sentido, no se está cercenando a la Contraloría General de un ejercicio sustantivo de revisión, sino que se traslada al control posterior.

De esa forma, no se está planteando la eliminación de un control para la Administración Pública, por el contrario, se está planteando fortalecer su control interno al asumir estas el refrendo y la Contraloría General direccionaría sus competencias hacia una fiscalización posterior que deberá ejercer la lectura de esa materia de contratos en forma integral, eficiente, efectiva y oportuna como ya se ha venido haciendo conforme los artículos 1, 2 y 24 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Así entonces, considerando la nueva dimensión que la propia Sala Constitucional ha dado a la figura, se plantea el presente proyecto de Ley del Refrendo de los Contratos de las Administraciones Públicas.

La propuesta pretende lograr una lógica de procedimiento de ejecución de contratos más dinámica y expedita.

Como se puede ver la Contraloría General, partiendo de su experiencia en la aplicación de la figura, pretende que se asuma desde el control interno una mayor responsabilidad sobre la labor de revisión de contratos; para asumir un rol rector del sistema de control interno y armonizarlo con el ejercicio de las competencias de fiscalización bajo el control externo. Como parte de su competencia de rectoría sobre el ordenamiento de control y fiscalización superiores, el órgano contralor emitirá lineamientos para orientar a la Administración en el ejercicio de la actividad.

III. Sobre el impacto en la Administración Pública

La implementación de cambios genera normalmente incertidumbre o temor y la expectativa de que represente nuevas tareas en el quehacer de la Administración bajo esquemas complejos de capacitación. Sin embargo, esto no pareciera ocurrir en el caso de la propuesta que se hace, en tanto debe tenerse presente que la revisión de legalidad de los contratos no es algo ajeno para las instancias internas de la Administración activa, quienes en la actualidad se encargan de efectuar la verificación de legalidad a lo interno en todos aquellos casos en los que no corresponde remitir el contrato para aprobación ante la Contraloría General.

De las estadísticas con que cuenta este órgano contralor se tiene que realmente es un porcentaje muy reducido de contratos que se refrenda en la Contraloría General y

el resto se refrenda internamente en cada Administración. Al respecto, se tiene en cuanto a refrendos y aprobaciones internas, según datos reflejados en memorias institucionales anteriores y el sistema integrado de la actividad contractual, la cantidad de contratos que se analiza en el refrendo es sustantivamente menor a las aprobaciones internas:

Cantidad de contratos y adendas según modalidad de aprobación y año al 14 de noviembre de 2016						
Año del contrato (*)	Cantidad refrendos C.G,R.	%	Cantidad aprobación Interna	%	Cantidad total	
2016	453	9%	4.661	91%	5.114	
2015	319	5%	6.550	95%	6.869	
2014	408	6%	6.936	94%	7.344	
2013	492	7%	6.764	93%	7.256	
2012	570	7%	7.768	93%	8.338	
2011	1067	6%	15.486	94%	16.553	

Fuente: Memorias institucionales, sistema integrado de gestión de documentos y sistema integrado de actividad contractual

De igual forma, hoy en día en la mayoría de los casos que se remiten a refrendo existe una revisión jurídica por instancias de la Administración, que generalmente otorgan el visto bueno al jerarca para que suscriba un contrato y lo remita a refrendo a la Contraloría General. Es por ello que no se están implementando nuevas figuras que resulten desconocidas para la Administración ni que tampoco debería representar costos adicionales a los que ya mantienen.

En ese sentido, el proyecto de ley dispone: “La emisión del refrendo estará a cargo de las asesorías jurídicas institucionales o aquella otra instancia con especialidad jurídica designada por el jerarca, pero en ningún caso podrá ser la Auditoría Interna.” De ahí que no existe una variación sustantiva en el ejercicio de lo que actualmente se hace en aprobación interna¹³, pero se deja en criterio del jerarca que defina cuál es la mejor estructura conforme su estrategia de control interno.

Con la propuesta que se plantea al asumir la Administración la aprobación de contratos, la idea es la de fortalecer la responsabilidad por su actuar y la toma de decisiones, evitando que esta se traslade a órganos externos. Con lo cual se consigue,

¹³ En ese sentido puede verse lo dispuesto por el artículo 17 del reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública.

además, fortalecer la dirección bajo esquemas de control interno que favorecen la gestión institucional y favorecer la simplificación de trámites.

IV. De la propuesta en concreto

Dentro del articulado del presente proyecto se mantiene la figura del refrendo como un requisito de eficacia de los contratos administrativos, consistente en un análisis del ajuste de su contenido a la legalidad. Sin embargo, se pretende que esta labor corra por cuenta de una instancia a lo interno de la Administración, que en principio podría ser la asesoría jurídica, o bien, alguna instancia designada que cuente con una especialidad jurídica que permita realizar efectivamente una revisión de legalidad.

Igualmente, se establece un plazo de veinticinco días hábiles, desde que se presenta la solicitud, para otorgar el refrendo a los contratos en el caso de las licitaciones públicas, mientras que se dispone de un plazo de veinte días hábiles en los demás casos. Lo anterior considerando la necesidad de no generar distorsiones innecesarias en la aplicación de la figura, así como valorando que es un plazo razonable que incluso coincide con el que actualmente tiene la Contraloría General para esa labor.

A su vez, el proyecto dispone que el refrendo continuará siendo un requisito previo a la ejecución del contrato, por lo que en caso de ejecutarse un contrato sin contar el refrendo correspondiente se produciría una contratación irregular, con las repercusiones que la ley sustantiva en materia de contratación dispone al efecto (Ley de Contratación Administrativa). No obstante, considerando la propuesta contenida en el proyecto de ley N.º 18.732¹⁴, se ha incorporado la posibilidad de que el refrendo se emita con posterioridad al inicio de la ejecución, con el afán de favorecer la efectiva satisfacción del interés público y el principio de conservación de los actos. Ciertamente, el refrendo surtiría efectos desde el momento en que se emita sin aplicación retroactiva; pero se pretende solventar las discusiones de nulidad absoluta que se han planteado en el pasado en los casos de inexistencia del refrendo en proyectos relevantes para el país, permitiendo con ello que la Administración pueda llevar adelante las contrataciones.

No obstante, la ejecución de un contrato sin refrendo no puede constituirse en una práctica administrativa en tanto podría generar afectaciones a la Administración e incluso daños al interés público. Por esa razón, pese a que se evita castigar el interés público con la posibilidad de emitir un refrendo posterior, también se ha equilibrado la propuesta con un régimen sancionatorio tanto al funcionario responsable como al contratista que omitió ese deber de verificación de que se cumpliera el requisito de eficacia.

Por lo que a partir de su entrada en vigencia se trasladará la aprobación de contratos integralmente a la Administración activa, quien ya había venido realizando esta labor mediante la figura de la aprobación interna.

¹⁴ Derivado del Informe Final Comisión Presidencial sobre Gobernabilidad Democrática (Informe de Notables, 2013).

En afán de darle consistencia con la eliminación de la sanción de nulidad absoluta, se reforma el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General para ajustarlo al nuevo enfoque, pero dejando prevista la posibilidad de la fiscalización y el direccionamiento de la actividad mediante la emisión de guías, circulares o lineamientos que puedan garantizar mínimos en la revisión y mejorar los esquemas de control interno.

Finalmente, también se establece que la Contraloría General emitirá lineamientos como rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, para definir aspectos operativos en relación con el trámite que deben seguir los contratos para la obtención del refrendo interno en cada Administración; así como disponer los supuestos en que la Contraloría General decida resolver el conocimiento del refrendo desarrollado en esta ley, por estimarlo necesario para protección de la hacienda pública.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

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

ARTÍCULO 1.- Sobre el refrendo e instancias competentes

El refrendo de los contratos que suscriba toda la Administración Pública es un requisito de eficacia de los contratos administrativos, mediante el cual se verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, las reglas del cartel y los términos de la oferta del contratista. La Administración podrá otorgar el refrendo mediante los medios electrónicos que se encuentren disponibles en el sistema unificado que regula la Ley N.º 9395.

La emisión del refrendo estará a cargo de las asesorías jurídicas institucionales o aquella otra instancia con especialidad jurídica designada por el jerarca, pero en ningún caso podrá ser la Auditoría Interna. La solicitud de refrendo de los contratos deberá resolverse dentro de un plazo de veinticinco días hábiles, cuando se trate de licitación pública, y de veinte días hábiles, en los casos restantes.

Para efectos de la revisión de legalidad que hará la Administración, se entiende que refrendo y aprobación interna son figuras equivalentes, para cuya aplicación el jerarca podrá definir los supuestos cuantitativos y cualitativos, que no podrán oponerse en ningún caso a los lineamientos que sobre el tema emita la Contraloría General.

ARTÍCULO 2.- Consecuencias de la omisión del refrendo

El refrendo de los contratos deberá emitirse con antelación a la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato. La inexistencia o la denegación del refrendo impedirá la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida.

En los casos en que se inicie la ejecución de un contrato sin contar con el refrendo, es factible que el refrendo se pueda emitir con posterioridad a la orden de inicio, si previamente a emitirlo el jerarca verifica que existan al menos las siguientes condiciones:

- a) El contrato se encuentre vigente.
- b) Se acredite que permite la debida satisfacción del interés general o evita daños o lesiones a los intereses públicos.
- c) Se determine que lo ejecutado de previo al refrendo no compromete el cumplimiento del objeto contractual.

El acto motivado que incluya este análisis deberá constar en el expediente administrativo y el refrendo surtirá efectos desde el momento en el que se emita y no de forma retroactiva. Esta circunstancia no exime de la responsabilidad que pueda haber por la inexistencia o denegatoria del refrendo a los funcionarios o contratistas involucrado.

ARTÍCULO 3.- Sanciones administrativas

El servidor que ordene la ejecución de un contrato o lo ejecute sin que se cuente con el respectivo refrendo, cuando el ordenamiento jurídico así lo requiera, será sancionado según la gravedad de los hechos, de la siguiente forma:

- a) Amonestación escrita.
- b) Suspensión sin goce de salario o estipendio de hasta tres meses.
- c) Destitución sin responsabilidad.

Las sanciones administrativas podrán ser impuestas por el órgano de la entidad que ostente la potestad disciplinaria. La Contraloría General de la República podrá sustanciar el procedimiento administrativo y requerirá, de forma vinculante, a la entidad respectiva, aplicar la sanción que determine.

La circunstancia de que en virtud de acto motivado se emita el refrendo con posterioridad a la orden de inicio no eximirá de la responsabilidad respectiva a los funcionarios involucrados durante el lapso en que se ejecutó el contrato sin contar con el requisito previo del refrendo.

ARTÍCULO 4.- Sanción a los contratistas

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa y que el contrato sea remitido al refrendo a la instancia competente para la obtención del requisito de eficacia. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

En caso de la ejecución sin refrendo, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados con arreglo a los principios de la materia; respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá la utilidad prevista en la estructura de su oferta, la que en caso de ser desconocida se estimará en un 10% del monto total del contrato.

La circunstancia de que en virtud de acto motivado se emita el refrendo con posterioridad a la orden de inicio, no eximirá de la responsabilidad respectiva a los contratistas involucrados durante el lapso en que se ejecutó el contrato sin contar con el requisito previo del refrendo.

ARTÍCULO 5.- Sobre el control interno de las labores del refrendo

La Administración deberá incorporar a su sistema de control interno las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del refrendo de sus contratos con observancia de los principios de eficiencia y sana administración de los recursos públicos, aspecto que será sujeto a la fiscalización de la Contraloría General. La Administración deberá valorar en su estrategia de refrendo la capacidad de las instancias o unidades especializadas que asumen las competencias dispuestas en esta ley.

ARTÍCULO 6.- Uso de medios electrónicos en el refrendo

La instancia responsable de administrar el sistema unificado que regula la Ley N.º 9395 deberá realizar los ajustes tecnológicos necesarios para que la Administración ejerza el refrendo a través del Sistema, así como garantice el acceso a la información que requiera la Contraloría General para el ejercicio de sus competencias.

La Contraloría General queda habilitada para el uso de sistemas y formatos electrónicos existentes, entre otros, en aras de que realice una fiscalización posterior oportuna, eficiente y eficaz en armonía con el quehacer de la Administración Pública.

ARTÍCULO 7.- Reforma del artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N.º 7428, de 7 de setiembre de 1994

Se reforma el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, para que en adelante disponga:

“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 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.”

TRANSITORIO I.- La Contraloría General de la República emitirá los lineamientos sobre el refrendo de los contratos de la Administración Pública dentro del plazo de los dos meses siguientes a la publicación de la presente ley.

TRANSITORIO II.- Todas las contrataciones que hayan ingresado a la Contraloría General para estudio de refrendo con anterioridad a que entre a regir esta ley deberán ser concluidas por el órgano contralor, según corresponda.

Rige en el plazo de tres meses siguientes a su publicación.

Gonzalo Alberto Ramírez Zamora

Antonio Álvarez Desanti

Marco Vinicio Redondo Quirós

Gerardo Vargas Rojas

Maureen Cecilia Clarke Clarke

Abelino Esquivel Quesada

Natalia Díaz Quintana

Otto Guevara Guth

Franklin Corella Vargas

Mario Redondo Poveda

Jorge Arturo Arguedas Mora

Marta Arabela Arauz Mora

Gerardo Fabricio Alvarado Muñoz

Olivier Ibo Jiménez Rojas

Rolando González Ulloa

Juan Rafael Marín Quirós

Paulina María Ramírez Portuguez

Juan Luis Jiménez Succar

Marcela Guerrero Campos

Emilia Molina Cruz

Julio Antonio Rojas Astorga

Óscar López

José Alberto Alfaro Jiménez

DIPUTADAS Y DIPUTADOS

18 de enero 2017.

NOTAS: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Especial de Reformas al Sistema Político, Constitucional, Legislativo y Electoral del Estado, que evalúe, analice, defina, elabore, proponga y dictamine políticas públicas y proyectos de ley referentes al modelo de estado costarricense, su administración, su estructura y su sistema político, constitucional, legislativo y electoral, con el objetivo de optimizar los recursos públicos y mejorar el desempeño de manera eficiente del estado costarricense (Expediente N.º 19.223).

Este proyecto cumplió el trámite de revisión de forma en el Departamento de Servicios Parlamentarios.