

**DIVISIÓN JURÍDICA**

---

**Al contestar refiérase  
al oficio N° 01886**

25 de febrero de 2010  
**DJ-0735**

Licenciada  
Maritza Fuentes Quesada  
Jefa de Área de Contratación y Control Institucional  
**Ministerio de Educación Pública**

Estimada señora:

**Asunto:** Se emite criterio en relación con la consulta formulada por el Área de Contratación y Control Institucional del Ministerio de Educación Pública, mediante oficio DAJ-2086-2009, referido a distintos aspectos de los contratos de construcción y mantenimiento de infraestructura educativa.

Damos respuesta a su oficio DAJ-2086-2009, recibido en esta Contraloría General el día 12 de agosto pasado, mediante el cual plantea distintas consultas sobre aspectos diversos de los contratos de construcción y mantenimiento de infraestructura educativa

**I.- Motivo de la consulta:**

En su oficio se plantean varias consultas relacionadas con el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Al respecto solicitan que se atiendan las siguientes consultas:

1. ¿Pueden utilizarse los procedimientos regulares de licitación en materia de infraestructura educativa cuando la Administración lo considere más conveniente para la protección y beneficio de los intereses públicos, o solo puede utilizarse el procedimiento excepcional contemplado en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa?
2. Para efectos del refrendo ¿es ilegal la exigencia del cartel dentro del expediente de un procedimiento ordinario de licitación o de una contratación directa, de previo al otorgamiento del refrendo respectivo?
3. ¿Para efectos del reajuste de precios, es correcto conceptualizar la construcción y mantenimiento de instalaciones destinadas a aulas y baterías sanitarias de centros educativos públicos como edificaciones de obra pública?

4. ¿Es ilegal exigir la formalización contractual como necesaria para determinar claramente los alcances específicos del objeto contractual en materia de obra pública relacionada con la construcción o el mantenimiento de infraestructura educativa? ¿En caso de considerarse imprescindible la formalización contractual, si no se emiten órdenes de compra, cuál sería el documento idóneo para emitir la aprobación interna?
5. ¿Es legal realizar o ampliar el objeto del contrato cuando se trascienda de manera cualitativa o cuantitativa o, en esos supuestos hay normativa establecida y para atender tal situación deberá acudirse a un nuevo procedimiento o al mecanismo excepcional de la contratación directa?
6. ¿Se podría acudir a la sustitución de la aprobación interna en los procedimientos regulares de licitación o del mecanismo excepcional de la contratación directa en la construcción y mantenimiento de la infraestructura educativa?

## **II.- Criterio de la División:**

En primer término, es preciso advertir que de conformidad con la circular N° CO-529, publicada en La Gaceta N° 107 del 5 de junio de 2000, en el ejercicio de la función consultiva este órgano contralor no puede referirse a casos concretos, además de que la consulta debe ser planteada por el jerarca de la Administración correspondiente y debe traer adjunto el criterio jurídico que a lo interno de la institución haya valorado de previo el objeto de la consulta.

Sin embargo, a efecto de orientar sus actuaciones, procedemos a emitir criterio sobre los temas consultados, sin perjuicio de advertir que en futuras gestiones deberá respetarse los términos de la circular citada.

### **1. Sobre la utilización de los procedimientos regulares de licitación en materia de infraestructura educativa:**

Como es sabido, efectivamente el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa incluyó dentro de las excepciones a los procedimientos ordinarios de contratación —a saber la licitación pública y la licitación abreviada—, una causal de contratación directa que les permite a las Juntas de Educación y Administrativas tramitar —fuera de los procesos licitatorios ordinarios— la construcción y mantenimiento e infraestructura física educativa. Según el artículo 137 de ese cuerpo normativo, estas Juntas pueden acudir al procedimiento de contratación directa concursada, es decir invitando al menos a tres potenciales oferentes. Para ello, el Reglamento le atribuye una potestad de control al Ministerio de Educación específicamente en cuanto a este tipo de contrataciones excepcionales, dado que es éste Ministerio el que debe autorizar el inicio de cada contratación en particular. La falta de dicha autorización, hace nulo todo el procedimiento.

Ahora bien, siendo éste un supuesto de excepción a procedimientos ordinarios que se originan en disposiciones constitucionales y que han sido reguladas por vía legal, entendemos que sería posible, en casos debidamente justificados, acudir a los procedimientos ordinarios para la construcción de infraestructura educativa, siempre que quede demostrado que acudir al procedimiento de excepción más bien impide la debida, oportuna y adecuada satisfacción del interés público.

En dicha justificación, se deben analizar los elementos que harían del procedimiento excepcional incompatible con la debida satisfacción del interés público y con el proceso para seleccionar a la oferta que mejor logre dicha satisfacción.

En ese supuesto, siendo la regla la aplicación de los procedimientos ordinarios para la adquisición de los bienes y servicios que requiere la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines, se entendería lógico acudir a ellos cuando el procedimiento de excepción previsto no permite lograr el objetivo final que lo justifica.

## **2. Sobre la incorporación del cartel dentro del expediente de un procedimiento ordinario de licitación o de una contratación directa, para efectos del refrendo**

La obligación de incorporar en el expediente administrativo el cartel, ya sea éste de un procedimiento ordinario o excepcional, no debe respetarse solo con respecto al trámite para obtener el refrendo del contrato o su aprobación interna, según proceda.

Desde que se adopta la decisión inicial –sea de un procedimiento de licitación o de una contratación directa-, es obligado conformar un expediente debidamente foliado y que contenga todos los documentos en el mismo orden en que se presentan por los oferentes o interesados, o según se produzcan por las unidades administrativas internas (véase el artículo 11 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa).

De hecho hay una serie de reglas previstas en la normativa para la incorporación de los distintos documentos al expediente, los cuales son un reflejo y evidencia de todas las actuaciones que se han ido dando y que le permitirían a cualquier persona conocer lo acontecido desde que se tomó la decisión iniciar con la contratación.

Como parte de esos documentos que deben estar en el respectivo expediente de la contratación, encontramos al cartel o su equivalente, en el entendido de que hay compras que por la simpleza de su objeto, utilizan documentos más elementales que un cartel –en su concepto más preciso y amplio- tales como lo que se denomina como “orden de compra”, el cual recoge las características esenciales y suficientes para delimitar el objeto de la compra sin tener necesariamente la amplitud de contenido y la formalidad de un cartel. De hecho, establece el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en las contrataciones de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, la Administración está facultada para elaborar un cartel con los elementos esenciales atendiendo al objeto contractual, en armonía con los principios de contratación administrativa.

Esto quiere decir que no necesariamente, en todo procedimiento de excepción –entiéndase en las contrataciones directas- es obligatorio elaborar un cartel amplio y formalmente estructurado con una serie de especificaciones- sino que puede la Administración omitir este documento como tal, en el tanto el objeto contractual lo permita, y sea posible que los interesados en participar obtengan toda la información requerida para la presentación de sus ofertas.

Siendo el cartel, el reglamento específico de la contratación, el que además contiene todas especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar, que es también fuente normativa que vincula a las partes; y siendo el expediente de la contratación el punto de referencia donde cualquier persona puede obtener información sobre el

---

transcurso de un procedimiento de contratación determinado –sea de compra de bienes, contratación de servicios, construcción de obras, o cualquier otro objeto- es lógico entender que cuando éste existe –o en el caso de su equivalente o sustituto- dicho documento debe ser parte de éste.

Ahora bien, con respecto al cumplimiento del requisito de eficacia de los contratos, ya sea a través del trámite de refrendo o de la aprobación interna según corresponda, el Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, resolución R-CO-44-2007, en su artículo 8, establece el alcance del análisis de los contratos.

Dicho Reglamento advierte que el análisis que realiza la Contraloría General de la República y en su caso la unidad jurídica interna, es de legalidad y no de oportunidad o conveniencia. No implica tampoco una revisión integral del expediente de la contratación, sino que se circunscribe a la verificación de ciertos aspectos, no obstante dentro de los elementos de la verificación se incluye el cartel.

En ese sentido el artículo 8 citado en su inciso 3 dispone que debe verificarse que estén incorporados en el expediente administrativo de la contratación, los estudios técnicos que sustenten la selección del objeto contractual y los demás términos del cartel, cuando así lo requiera el ordenamiento jurídico. De igual forma, el inciso 8 de la misma norma sostiene que se debe verificar que los derechos, obligaciones y demás condiciones incluidas en el contrato, se ajusten a los términos del cartel y sus modificaciones, a la oferta adjudicada y sus aclaraciones, así como a los términos del acto de adjudicación y de los estudios técnicos que lo sustentan.

Con ello se denota la relevancia y la necesidad de que el cartel de la contratación sea parte del expediente del procedimiento<sup>1</sup>, obligación que como señalamos, igual no se deriva o se asocia al mero trámite de refrendo o de aprobación interna, sino que es una regla de cualquier procedimiento de contratación administrativa que deriva de principios constitucionales como el de transparencia, publicidad, igualdad de trato, seguridad jurídica, entre otros.

### **3. Sobre la naturaleza de la construcción y mantenimiento de instalaciones destinadas a aulas y baterías sanitarias de centros educativos públicos:**

Para solventar esta inquietud, debemos señalar que aun cuando la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento no dan una noción o concepto específico de lo que debe entender por obra pública, podemos utilizar de referencia el criterio emitido por este órgano contralor sobre el concepto de obra pública para efecto del registro en el Sistema Integrado de la Actividad Contractual de la Contraloría General de la República, conocido como SIAC.

Así, en el oficio N° 5446 (DAGJ-0756) del 25 de mayo de 2009, se indicó que los contratos de obra pública –para efectos de su clasificación en el SIAC- son aquellos puramente referidos a obras materiales destinadas a construcción, ampliación, remodelación, demolición de infraestructura entendida ésta en un sentido amplio.

---

<sup>1</sup> El artículo 10 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa obliga a la Proveduría a incorporar en el expediente una versión última del cartel que contenga todas las modificaciones, disponible tanto en medios físicos como electrónicos, cuando así proceda.

Son también contratos de obra pública, los referidos a otras obras materiales que se incorporan a la obra principal y que se podrían denominar secundarias en función de la obra principal, pero que se adhieren a ella, es decir actividades tales como reparaciones de techos, ventanas; pintura de los inmuebles, demarcación de vías, mejoras, por ejemplo, siempre que no se trate de la contratación de servicios técnicos o profesionales para efectuar dichas labores.

Se excluyen del concepto de obra pública, aquellas actividades preparatorias al proyecto constructivo, tales como consultorías para la elaboración de los diseños, planos; servicios de topografía, servicios para la supervisión de la obra; servicios de laboratorios, estudios de suelos, por mencionar algunos. Todas estas actividades previas, relacionadas con la obra material y que son necesarias para lograr que ésta se concrete, son contratos —generalmente de servicios— que estarían excluidos de la acepción.

Lo anterior se exceptúa cuando estamos frente a contratos tales como el de llave en mano —en los cuales la Administración contrata toda la elaboración del proyecto y solicita al contratista únicamente la entrega final de la obra— u otros similares, por ejemplo casos en donde en contratos de obra, como parte de las actividades contratadas van incluidos algunos servicios pero la obra sigue siendo lo principal. En estos casos en que el contratista asume el deber de entregar la obra final, y para ello debe realizar distintas actividades preparatorias o conexas que asume como parte del mismo contrato, los servicios profesionales asociados a la obra, sí forman parte del contrato de obra pública como tal, situación que solo opera entonces en ciertas situaciones según la especialidad, particularidad y complejidad del contrato.

Los anteriores ejemplos, si bien no constituyen una lista taxativa cerrada sobre el contenido del contrato de obra pública en el país, sirven de orientación a efecto de responder la consulta aquí planteada.

Dichos ejemplos, los entendemos como válidos y aplicables al tratarse de la construcción y el mantenimiento de infraestructura educativa, los que serían, en ese contexto, efectivamente contratos de obra pública sujetos a la normativa vigente para el reajuste de precios en este tipo de contratos.

#### **4. Sobre la formalización contractual en materia de obra pública relacionada con la construcción o el mantenimiento de infraestructura educativa:**

A partir de lo que dispone el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la relación contractual válida y perfeccionada se debe formalizar en un simple documento —el contrato— cuando resulte imprescindible para el correcto entendimiento de los alcances de los derechos y las obligaciones contraídas por las partes; cuando por seguridad jurídica en razón del objeto sea necesario. La misma norma cita como ejemplos, contratos en los casos de obra pública, contratos de ejecución continuada, entre ellos, arrendamiento y servicios; o aquellos que por disposición de la Contraloría General de la República en razón de sus labores de fiscalizador de la Hacienda Pública así lo requiera.

Véase entonces que los criterios que deben considerarse para adoptar la decisión de formalizar o no una relación contractual en un contrato, están ligados a la seguridad jurídica en función del tipo de objeto al que se refiera la relación y a la certeza que deben tener las partes respecto a los alcances de los derechos y obligaciones que contraen.

---

Pareciera entonces que el propio Poder Ejecutivo al reglamentar la Ley de Contratación Administrativa reconoce como regla de principio que –la obra pública- forma parte de ese tipo de relaciones contractuales, que por su complejidad y especialmente ante la necesidad de asegurar que las partes involucradas tengan total claridad del alcance de sus compromisos y potestades y del alcance de sus obligaciones y derechos, debe ser formalizada en un contrato.

La orden de compra, por la sencillez y simpleza del contenido que la caracteriza, no pareciera ser el documento idóneo para asegurar que las partes conozcan en toda su amplitud sus compromisos, obligaciones y derechos en estos casos.

No obstante, no es posible afirmar que existe una regla unívoca y generalizada, en el sentido de que absolutamente todas las relaciones contractuales que tienen por objeto una obra pública deban ser formalizadas obligatoriamente en un contrato.

Esa valoración, deberá llevarla a cabo la Administración contratante según las particularidades del negocio.

En esa línea, esta Contraloría General –mediante el oficio N° 6977 (DAGJ-0955) del 30 de junio de 2009, aclaró que el artículo 190 deja a criterio de la Administración la definición de los contratos que deben materializarse en un contrato, exceptuando los casos en los que la propia Contraloría General indique la necesidad de que exista uno.

El artículo 17 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, resolución R-CO-44-2007, publicado en La Gaceta N° 202 del 22 de octubre de 2007, en su último párrafo dispone que le corresponde a la Administración dictar las regulaciones que regirán el procedimiento de aprobación, incluyendo las reglas de formalización de los contratos. De esta forma, si se pretende tomar decisiones generalizadas respecto a los supuestos en los que procede o no la formalización de la relación contractual en un contrato o en su defecto en una orden de compra, lo propio es emitir un acto con carácter general que regule la materia, una vez que se haya efectuado el respectivo análisis de los motivos, el fin que se persigue y las consecuencias que la decisión pueda implicar.

Pero tal y como lo expresa el citado artículo 17, el único límite que tiene la Administración es lo dispuesto en el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que como vimos, lo que obliga es a garantizar la seguridad jurídica y el correcto entendimiento de las partes en cuanto a sus obligaciones y derechos.

De esta forma, la valoración de los procedimientos concursales en los que resulta conveniente prescindir de la formalización mediante un contrato, es una tarea que le corresponde a la Administración en atención a los criterios que el propio artículo 190 señala. Desde nuestra perspectiva, no solo debe considerarse los procedimientos concursales en sí mismos, sino también el tipo de relación contractual de que se trate.

En este caso, la complejidad del contrato de obra pública de que se trate pareciera ser un factor decisivo para determinar que la relación contractual deba ser materializada en un contrato como tal o no.

A efecto de responder su segunda inquietud en este tema, conviene retomar el criterio ya expresado por este órgano contralor en el oficio N° 6977 citado, en el cual se advierte que, el análisis tendiente a la aprobación interna tiene, como mínimo, el mismo alcance del análisis que se le hace a los

contratos para efectos del refrendo. Este, como ya dijimos, se traduce a un estudio de legalidad que no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino la verificación de los elementos que taxativamente incorpora el artículo 8 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, y cualquier otro que la propia Administración defina relevante e incorpore en su regulación interna de ésta figura o de otras tales como cualquier acción de control alternativa a la aprobación interna que puede estipular con fundamento en el artículo 18 del mismo Reglamento.

En esa línea, si la pretensión es sustituir los contratos que van a aprobación interna por órdenes de compra u otros documentos, lo fundamental debe ser garantizar los elementos que el artículo 190 reglamentario impone como límites, además de que se pueda asegurar como mínimo también, la posibilidad de analizar todos los aspectos que señala el artículo 8 citado.

Ello supone que con independencia de la forma en la que se materialice la relación contractual para tener efectos jurídicos, una vez que ésta se ha perfeccionado y es válida por su conformidad con el ordenamiento jurídico, debe gozar del respectivo acto de aprobación que se da con el refrendo, la aprobación interna o las acciones de control alternativas según las reglas vigentes en función del tipo de procedimiento contractual que se ha llevado a cabo.

De esta forma, sea que la aprobación interna se materialice en el acto de adjudicación, en la misma orden de compra o en el documento que la Administración de manera razonada estipule, lo que interesa es –para efectos de su formalización o no en un contrato- que se asegure que las partes conocen sus obligaciones y derechos y la seguridad jurídica en razón del objeto propio de la contratación. Para efectos del estudio propio para emitir la aprobación interna, o las acciones de control alternativas que la Administración pudiera definir, lo fundamental es que se haga una verificación efectiva de los elementos que estipula el artículo 8 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública y cualquier otro definido así por la propia Administración.

##### **5. Sobre la posibilidad de ampliar el objeto del contrato cuando se trascienda de manera cualitativa o cuantitativa:**

La respuesta a la consulta planteada sobre este tema, la da el mismo artículo 200 que la propia Administración cita.

Dicho artículo señala las condiciones que deben darse para que la Administración pueda modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se hayan perfeccionado, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta.

Para llevar a cabo esa modificación unilateral, que incluye la posibilidad de “ampliar” o aumentar el objeto; la modificación, aumento o disminución del objeto no deben cambiar la naturaleza del objeto contractual, ni tampoco debe impedir que se cumpla con la funcionalidad o fin inicialmente propuesto.

Además, en caso de aumento se debe tratar de bienes o servicios similares. No debe exceder el 50% del monto del contrato original, incluyendo reajustes o revisiones, según corresponda.

Se debe dar con ocasión de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto; debe ser la mejor forma de satisfacer el interés público y la suma de la

---

contratación original, incluyendo reajustes o revisiones de precio, y el incremento adicional no podrían superar el límite previsto para el tipo de procedimiento tramitado.

Hay otras condiciones que impone la norma, que pueden ser verificadas en su texto. Y para el caso de contratos de obra, pueden ser objeto de incremento solo aspectos que no sean susceptibles de una contratación independiente sin alterar, perjudicar o entorpecer la uniformidad, la secuencia, la coordinación y otros intereses igualmente importantes.

Cualquier modificación que no se ajuste a lo anterior, la Administración no puede hacerla de manera unilateral y en cambio requiere de la autorización de la Contraloría General de la República.

Las modificaciones amparadas a este artículo suponen una variación del mismo contrato, siendo muy distinto cuando se debe suscribir un contrato adicional –el cual es un contrato distinto y no una variación de un contrato-, supuesto que es regulado en el artículo 201 del mismo Reglamento.

**6.- Sobre la posibilidad de sustituir la aprobación interna en los procedimientos regulares de licitación o del mecanismo excepcional de la contratación directa en la construcción y mantenimiento de la infraestructura educativa:**

Con la entrada en vigencia del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, resolución R-CO-44-2007, publicado en La Gaceta N° 202 del 22 de octubre de 2007, muchas de las concepciones tradicionales alrededor de la figura del refrendo y la aprobación interna de los contratos, fueron modificadas.

En esa línea, el reglamento vigente desde enero de 2008, clarifica la naturaleza del refrendo y con ello de la aprobación interna y se basa en un razonamiento que parte de que los supuestos incluidos en la normativa de manera expresa, son los que deben remitirse a refrendo o a la respectiva aprobación interna. En consecuencia, los supuestos no mencionados están excluidos de cumplir con este requisito de eficacia.

Con ello, los supuestos que taxativamente estén sujetos al refrendo o a la aprobación interna, según las disposiciones de este Reglamento, no pueden quedar exentos de ese trámite, dado que constituyen un requisito de eficacia que deriva de la propia Constitución Política.

Ahora bien, aun cuando no se desprende de su consulta que la pregunta planteada esté referida a este tipo de contratos, es preciso advertir que en el caso específico de los contratos para la construcción y mantenimiento de infraestructura educativa derivados del procedimiento excepcional establecido en el artículo 137 del Reglamento a Ley de Contratación Administrativa, a partir de la regla precitada y del correspondiente listado que incorpora el artículo 17 del Reglamento sobre el Refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, R-CO-44-2007, dichos contratos no se encuentran sujetos al requisito de aprobación interna.

Con ello, esos contratos quedan sujetos a las medidas de control interno definidas por el respectivo jerarca, el que efectivamente si podría –por su propia decisión debidamente razonada- exigir que sean sometidos al trámite de aprobación interna, condición que derivaría entonces de dicha decisión superior y no del Reglamento vigente.



Ahora, para efectos de atender el punto consultado debe tener presente esa Administración que, en el caso de contratos sujetos al refrendo, el Reglamento que regula la materia en su artículo 15, contempla la figura de la “Habilitación de trámite alternativo de revisión previa”. Dicha norma le permite a la Contraloría General de la República autorizarle a la Administración la aplicación de un trámite alternativo de revisión previa, que sustituya el refrendo, solo cuando se cumpla con las condiciones aquí previstas.

Con respecto a la posibilidad de sustituir la figura de la aprobación interna que deriva del artículo 17 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, resolución R-CO-44-2007 –norma que no le aplica a los contratos derivados del artículo 137 del Reglamento a Ley de Contratación Administrativa-, el mismo Reglamento en su artículo 18 contempla la figura de las “Acciones de control alternativas a la aprobación interna.”

Esta norma le permite a la Contraloría, autorizar a la Administración la aplicación de acciones de control interno alternativas a la aprobación interna establecida en el artículo 17 del mismo Reglamento. La sustitución de la aprobación interna tendrá carácter permanente y aplicará a la totalidad de los contratos estipulados en el artículo 17 o a categorías de éstos, pero no podrán pretenderse exclusivamente para contratos específicos aislados.

Solo podrá solicitar la autorización de estas acciones alternativas a la aprobación interna, la Administración que esté al día en sus obligaciones de registro en el Sistema Integrado de la Actividad Contractual de la Contraloría General de la República (SIAC), cuando además se cumplan las condiciones que este artículo 18 impone.

Ahora bien, cuando el requisito de aprobación interna procede de una decisión del propio jerarca institucional, es claro que la Contraloría General no podría autorizar una sustitución dado que es un mecanismo de control establecido internamente.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló  
**Gerente de División**

Licda. Ana Marcela Palma Segura  
**Fiscalizadora**

AMPS/Rbr  
NI: 15661  
Ci: Archivo Central  
**2009002237-1**