

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **04612**

20 de mayo, 2010
DJ-1915

Señor
Carlos Ávila Cubero
Presidente, Junta Administrativa
COLEGIO ACADÉMICO JORGE VOLIO JIMÉNEZ

Estimado señor:

Asunto: Se devuelve sin refrendo contralor, por no requerirlo, el contrato de obra pública para la construcción del gimnasio multiusos del Colegio.

Damos respuesta al oficio remitido el pasado 22 de abril por el señor David Matamoros Salazar, y avalado por su persona en calidad de Presidente de la Junta Administrativa mediante nota de fecha 3 de mayo, mediante el cual se remitió a esta Contraloría General para trámite de refrendo un contrato de obra pública para la construcción del gimnasio multiusos del Colegio Académico Jorge Volio Jiménez, suscrito por la Junta Administrativa del Colegio y el señor Francisco Adolfo Muñoz Castro, por un monto de ¢83.894.131,33.

I. Criterio de la División:

El trámite de refrendo se encuentra regulado en el actual “Reglamento sobre el refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública” emitido por esta Contraloría General mediante la resolución R-CO-44-2007 del 11 de octubre del 2007 y publicado en La Gaceta No.202 del 22 de octubre de ese mismo año.

El artículo 3 de dicho reglamento establece cuáles son las contrataciones que están sujetas al trámite de refrendo ante esta Contraloría General. Dicho artículo establece que requiere refrendo contralor todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública y licitación abreviada en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública (incisos 1 y 2); todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de contratación directa autorizados por la Contraloría General cuando así se disponga en la autorización respectiva (inciso 3); todo contrato administrativo derivado de la aplicación de las excepciones de oferente único y seguridades calificadas (inciso 4); todo contrato o convenio celebrado con sujetos de derecho público internacional para la realización de proyectos

que impliquen disposición total o parcial de fondos públicos (inciso 5); todo contrato o convenio celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones, la constitución de fideicomisos o la realización de alianzas estratégicas (inciso 6); y todo contrato administrativo de entes, empresas y órganos públicos cuya actividad contractual esté regida por principios de contratación (inciso 7).

En la parte final de ese mismo artículo, se establece lo siguiente:

“No estarán sujetos al refrendo los demás contratos o convenios no referidos en este artículo o en las demás disposiciones de este Reglamento, sin perjuicio de las exclusiones concretas que se estipulen en los artículos siguientes, en virtud del régimen especial de esas exclusiones.”

Ahora bien, en el caso bajo análisis se parte que el contrato remitido para refrendo tiene su fundamento en un procedimiento de contratación realizado con fundamento en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Al respecto, en el expediente administrativo remitido, consta copia de un documento denominado “Acta de acuerdo de iniciar el proceso de contratación Construcción de Gimnasio Multiusos Colegio Académico Jorge Volio Jiménez”, el cual dice en lo que interesa lo siguiente:

“Esta Junta de Educación (sic) acuerda en sesión 01-2010, Artículo No.6 acuerdo b, iniciar la licitación CD-01-2010 para la contratación de mano de obra para construcción del Gimnasio Multiusos mediante compra directa según el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, para lo cual se invitará a participar a 3 empresas: Constructora Francisco Adolfo Muñoz y Asociados Limitada, Inversiones Valverde Rojas Unión S.A. y Constructora Murillo Ugalde del Sur S.A.”

Al respecto, el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regula la contratación para la construcción y mantenimiento de infraestructura educativa, en los siguientes términos:

“Para la construcción y mantenimiento de infraestructura física educativa, tanto las Juntas de Educación como las Administrativas, podrán acudir al procedimiento de contratación directa concursada, para lo cual será necesario invitar a un mínimo de tres potenciales oferentes.

Para la adecuada aplicación de este mecanismo, el Ministerio de Educación Pública y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes adoptarán las disposiciones generales en las que se establezcan las medidas de control interno necesarias para garantizar la más eficiente y eficaz administración de los fondos públicos involucrados en estas contrataciones, así como los medios que permitan a las Juntas acceder a la asesoría legal y técnica requerida, tanto para la fase de elaboración del cartel, como para la valoración de ofertas y la ejecución contractual.”

Entonces, de conformidad con lo indicado en el propio acuerdo de inicio del procedimiento, este Despacho asume que el procedimiento de contratación realizado por esa Junta Administrativa fue una contratación directa y no una "licitación restringida" como se le denominó dentro del expediente administrativo, ya que dicho procedimiento fue eliminado de la Ley de Contratación Administrativa mediante reforma realizada a dicha ley.

Ahora bien, puede verse que las contrataciones realizadas con fundamento en el citado artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa no se encuentran incluidas en los supuestos del artículo 3 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, razón por la cual le aplica lo dispuesto en el párrafo final de dicha norma que dice: *"No estarán sujetos al refrendo los demás contratos o convenios no referidos en este artículo o en las demás disposiciones de este Reglamento"*

En un caso similar, ya este órgano contralor señaló:

"Así lo expuesto, siendo que en el caso concreto el procedimiento de contratación realizado se fundamenta en lo dispuesto en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al no encontrándose dentro de los supuestos establecidos en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, aunado a que le correspondió al Ministerio de Educación otorgar la autorización de la contratación, se devuelve el contrato de marras sin refrendo por no requerirlo, debiendo la Administración verificar la legalidad del negocio, todo lo anterior, sin perjuicio de cualquier control posterior que considere pertinente efectuar esta Contraloría General." (Oficio 3758 (DCA-1195) de 29 de abril de 2008)

Por lo tanto, de conformidad con lo expuesto, se concluye que el contrato bajo análisis se encuentra excluido del trámite de refrendo ante este órgano contralor, quedando bajo la absoluta y exclusiva responsabilidad de esa Junta Administrativa verificar la legalidad de lo actuado. Así las cosas, procedemos a devolver dicho contrato sin trámite.

II. Observaciones adicionales:

Si bien ha quedado acreditado que el contrato remitido no requiere del refrendo contralor, este Despacho considera importante realizar una serie de observaciones adicionales:

1) En vista de que en el expediente administrativo aportado no consta ningún aval a esta contratación por parte del Ministerio de Educación Pública, advertimos que lo actuado puede estar viciado de nulidad, por cuanto el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece en su parte final que *"Dentro de la organización del Ministerio respectivo, se establecerá una unidad encargada de ejecutar esta labor así como autorizar el inicio de cada contratación particular. La falta de autorización generará la nulidad de todo el procedimiento."* Así las cosas, se debe verificar el cumplimiento de este requisito.

2) Sin ser exhaustivos en la revisión del contrato, consideramos importante hacer ver que el texto remitido contiene varios errores. En la cláusula sexta del contrato se establece como fiscalizador del contrato al señor Félix Villalobos Granados, pero advertimos que para la fiscalización durante la fase de ejecución contractual, el citado artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que las juntas pueden acceder a la asesoría técnica para la por parte Ministerio de Educación Pública, lo cual debe coordinarse con ese Ministerio. En la cláusula novena del contrato se indica expresamente que no existen reajustes de precios, lo cual riñe con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Contratación Administrativa ya que dichos reajustes son un derecho del contratista. En la cláusula décima segunda del contrato se regula lo correspondiente al cobro de multas, haciendo referencia al “artículo 13 del Reglamento General de la Contratación Administrativa”, sin embargo dicha norma no resulta aplicable ya que ese reglamento general está derogado y actualmente la aplicación y cobro de multas se encuentra regulado en los artículos 47 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En la cláusula décima tercera del contrato se regula la posibilidad de acudir al arbitraje en caso de discrepancias de índole técnico, lo cual resulta improcedente, ya que la posibilidad de las entidades públicas de acudir a arbitraje se limita única y exclusivamente para aspectos de índole patrimonial, tal y como lo dispone el artículo 211 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

3) Finalmente, y en vista de que algunos actos de este procedimiento de contratación han sido formalizados en escritura pública, consideramos necesario advertir a esa Junta Administrativa lo dispuesto en el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual dispone que:

“(…) Sólo requerirá formalización en escritura pública las contrataciones administrativas que por su naturaleza requieran de dicho documento y deban inscribirse en el Registro Nacional, así como las que por ley tengan que sujetarse a dicho requisito.”

Atentamente,

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

MSc. Celina Mejía Chavarría
Abogada Fiscalizadora

CMCH/fjm

Adjunto: Expediente administrativo

Ci: Ing. Carlos Villalobos Arguello, Director, Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo, MEP
Lic. David Matamoros Salazar, abogado
Archivo Central

NI: 7767, 9016

G: 2009001930-2