

Al contestar refiérase
al oficio N° **12872**

31 de agosto de 2021
DCA-3342

Señor
Yeiner Mauricio Calderón Umaña
Auditor Interno Municipal
MUNICIPALIDAD DE TURRUBARES
auditor@turrubares.go.cr

Estimado señor:

Asunto: Se emite criterio relacionado con la omisión del refrendo interno en las contrataciones de la Administración Pública.

Nos referimos a su oficio No. MT-AI-001-2021 de fecha 06 de julio pasado, recibido en esta Contraloría General el 07 de julio siguiente, través del cual requiere requiere criterio de este órgano contralor sobre el tema indicado en la referencia.

I. Motivo de la consulta.

Señala que de conformidad con el artículo 1 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el refrendo de los contratos es un requisito de eficacia de los contratos administrativos mediante el cual se verifica que el clausulado del contrato se ajusta sustancialmente al ordenamiento jurídico, las reglas del cartel y los términos de la oferta del contratista.

Además, indica que el artículo 2 del indicado Reglamento establece que el refrendo de los contratos deberá emitirse con antelación a la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato y, la ausencia o la denegación del refrendo impedirá la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida.

Manifiesta que el artículo 3 del cuerpo normativo establece las sanciones administrativas correspondientes para los servidores que ordenen la ejecución de los contratos sin un refrendo interno. Explica que en esos casos esta Contraloría General podrá sustanciar el procedimiento administrativo y requerirá, de forma vinculante, a la entidad respectiva, aplicar la sanción que determine.

Argumenta que el artículo 4 del Reglamento de cita establece las sanciones para los contratistas que no verifiquen la corrección del procedimiento administrativo y que el contrato cuente con ese requisito de eficacia.

Alega que el análisis de legalidad que comprende el refrendo se basa en una revisión del expediente administrativo de conformidad con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se circunscribe a la verificación de los aspectos enumerados en la normal los cuales transcribe.

Adicionalmente, transcribe el artículo 18 incisos 3) y 4) de Reglamento en cuestión y considera que es claro que debe existir un oficio de aprobación firmado digitalmente; el cual debe verificar al menos lo siguiente: identidad de las partes, objeto, monto de la contratación, estudios técnicos, plazo, aptitud legal para suscribir digitalmente el documento, garantías y especies fiscales cuando corresponda.

Señala que de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), será válido el contrato administrativo sustancialmente conforme al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, explica que el artículo 35 de la LCA establece los plazos de prescripción para que la Administración activa reclame los daños por vicios ocultos en las obras públicas o bien, por incumplimiento de sus obligaciones a los contratistas.

Así, realiza las siguientes consultas de conformidad con las facultades conferidas en artículo 22 inciso a) de la Ley No. 8292, Ley General de Control Interno:

“1. ¿Cuál es el proceso correcto de un refrendo interno por parte de la Administración activa en SICOP?”

2. ¿Se podrían dar por refrendadas las licitaciones sin que exista evidencia clara del procedimiento de refrendo interno?”

3. ¿Cuál sería el procedimiento por seguir, y a quien le correspondería instruirlo, para determinar las eventuales responsabilidades administrativas en el caso hipotético de que los máximos jerarcas administrativos se encuentren involucrados?”

4. ¿Las licitaciones adjudicadas, ejecutadas y pagadas por la Administración activa que carecen de refrendos internos son eficaces?”

5. ¿Dicha omisión de ser el caso representaría un acto sujeto a responsabilidad administrativa e incluso civil?”

6. ¿Debe la Administración activa realizar las gestiones para recuperar el porcentaje correspondiente a la utilidad de los contratos o en su defecto el 10% del monto de aquellos contratos que se ejecutaron sin contar con el refrendo interno?”

Manifiesta que es posición de la Auditoría Interna que las contrataciones no se pueden refrendar si el procedimiento en SICOP carece de evidencia razonable de que se llevó a cabo, por medio de oficios o estudios internos debidamente firmados de manera digital y, que

contengan, como mínimo, la identidad de las partes, el objeto y monto de la contratación, los estudios técnicos, el plazo, la aptitud legal para suscribir digitalmente el documento, las garantías, las especies fiscales, entre otros, siendo estos los requisitos mínimos para un correcto refrendo interno en SICOP.

Indica que las contrataciones adjudicadas, ejecutadas y pagadas por la Administración activa que carecen de refrendos internos son ineficaces; además el omitir el refrendo interno representaría un acto de responsabilidad administrativa y civil para los servidores públicos involucrados.

Argumenta que en caso que los máximos jefes administrativos se encuentren involucrados, le correspondería al titular de la Auditoría Interna trasladar la respectiva relación de hechos a esta Contraloría General, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, la Ley General de Control Interno, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, entre otras.

Por último, indica que si la Administración ejecuta un contrato sin refrendo interno, deberá de recuperar la utilidad prevista en la oferta del contratista ya que las partes involucradas no pueden aducir desconocimiento de las leyes.

II.- Consideraciones preliminares.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994, así como en el “Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado por la respectiva Administración para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

III.-Criterio de la División.

Sobre las preguntas objeto de la consulta

En relación con las preguntas formuladas por la Administración, se procederá a contestar en forma individual cada una de ellas.

1. ¿Cuál es el proceso correcto de un referendo interno por parte de la Administración activa en SICOP?

Respecto a la solicitud planteada, se debe indicar que de conformidad con los artículos 40 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y 148 de su Reglamento existe una obligación de realizar las compras públicas por medio de la plataforma del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP). Al respecto, el indicado artículo 40 señala:

“Artículo 40.- Uso de medios digitales. *Toda la actividad de contratación regulada en la presente ley, así como aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, deberá realizarse por medio del Sistema digital unificado de compras públicas. Dicho sistema de gestión será único y centralizado y su administración estará a cargo del Poder Ejecutivo. El sistema deberá reproducir toda la información relativa a cada una de las etapas del procedimiento de compras. Asimismo, el Sistema digital unificado de compras públicas garantizará la total transparencia y publicidad de cada uno de los procedimientos, documentos e información relacionada con dichos procesos de compras, para lo cual el sistema debe reproducir la información en formatos digitales aptos para que el público pueda descargarlos, copiarlos, manipularlos y reproducirlos. Para realizar los actos previstos en esta ley, la administración y los particulares deberán ajustarse a las regulaciones de la Ley N.º 8454, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, de 30 de agosto de 2005”.* (destacado no es del original).

Por su parte, el artículo artículo 148 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), señala lo relativo al uso de medios electrónicos y en lo de interés dispone:

“Uso de medios electrónicos. (...) *El sistema digital unificado de compras públicas al que se refiere el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 y sus reformas será el Sistema integrado de Compras Públicas (SICOP), éste se constituirá como plataforma tecnológica de uso obligatorio de todas las instituciones y órganos del sector público para la tramitación de los procedimientos de contratación administrativa, los cuales se realizarán acatando las disposiciones establecidas en el Reglamento de uso del Sistema...Serán susceptibles de realizarse por medios electrónicos, todas las actuaciones de la administración y los particulares necesarias para el desarrollo de la totalidad de las etapas de los procedimientos de contratación administrativa, conforme las regulaciones de la Ley N° 8454, Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos de 30 de agosto de 2005”.* (destacado no es del original).

A partir de las normas expuestas, debe concluirse que para la actividad contractual debe utilizarse el sistema unificado SICOP y la forma de presentar y tramitar documentos será por medios electrónicos. Lo anterior en consonancia con la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos; la cual permite la utilización del medio electrónico y de la firma digital como medio de autenticación suficiente para suscribir los contratos siempre que la misma esté debidamente validada por las entidades autorizadas para ello.

Por último, es importante señalar que esta Contraloría General no ostenta la competencia para referirse a consultas sobre el sistema unificado SICOP, siendo que tal potestad le corresponde a la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda como rector del proceso de compras y administrador del sistema. Por lo tanto, debe esa Municipalidad recurrir a la autoridad competente en caso de dudas sobre su utilización.

2. ¿Se podrían dar por refrendadas las licitaciones sin que exista evidencia clara del procedimiento de refrendo interno?

El artículo 1 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública señala:

“ARTÍCULO 1.- Sobre el refrendo. El refrendo de los contratos es un requisito de eficacia de los contratos administrativos, mediante el cual se verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajusta sustancialmente al ordenamiento jurídico, las reglas del cartel y los términos de la oferta del contratista.”

Así, el refrendo corresponde a un análisis de legalidad de todo lo actuado, a efecto de establecer la conformidad del procedimiento de contratación administrativa con el ordenamiento jurídico. En ese sentido, le toca a cada Administración establecer en su normativa interna la competencia para aprobar los contratos, sin olvidar el tema de la responsabilidad administrativa y disciplinaria en caso que corresponda.

Ahora bien, si un contrato no cuenta con este requisito de eficacia jurídica, implica que hasta que no se cumpla con dicho trámite la Administración Pública se ve imposibilitada jurídicamente de ejecutar ese contrato. Al respecto, el artículo 2 de la Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública establece:

“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 ausencia o la denegación del refrendo impedirá la eficacia jurídica del contrato y su ejecución del respectivo contrato. La ausencia o la denegación del refrendo impedirá la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida.

En casos excepcionales, cuando se inicie la ejecución de un contrato sin contar con el refrendo y la jerarquía institucional determine que existen suficientes razones de interés público, se podrá emitir el refrendo con posterioridad a la orden de inicio, si previamente al 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 indicará la instancia o el funcionario encargado de la fiscalización respectiva en todas las fases del contrato administrativo y 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 civil, penal o administrativa que pueda caber por la ausencia o denegatoria del refrendo a los funcionarios o contratistas involucrados.”

Así las cosas, la regla es que el refrendo de los contratos se debe emitir con antelación a la ejecución contractual; no obstante en caso que la Administración omita dicho requisito de eficacia, -excepcionalmente- podrá emitirse con posterioridad a la orden de inicio bajo el entendido que: el contrato esté vigente, no haya lesión del interés general y no se comprometa el cumplimiento del objeto contractual. Lo anterior sumado a la obligación de establecer las responsabilidades de los funcionarios públicos y de los contratistas involucrados en la ejecución de un contrato sin haber cumplido previamente con los requisitos para dotar de eficacia al respectivo negocio.

3. ¿Cuál sería el procedimiento por seguir, y a quien le correspondería instruirlo, para determinar las eventuales responsabilidades administrativas en el caso hipotético de que los máximos jerarcas administrativos se encuentren involucrados?

De conformidad con el artículo 3 de la indicada Ley sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el funcionario que ordene la ejecución o ejecute un contrato sin que cuente con el refrendo correspondiente se puede enfrentar a sanciones administrativas. Específicamente la norma señala:

“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 hasta de 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.”

Se observa que las sanciones administrativas por ordenar la ejecución de un contrato o ejecutarlo sin que se cuente con refrendo, podrán ser impuestas por el órgano de la entidad que ostente la potestad disciplinaria, para ello la Municipalidad deberá definir mediante normativa interna la competencia para ello.

Este órgano contralor puede llevar a cabo el procedimiento administrativo que corresponda y emitirá una recomendación de sanción la cual será vinculante. Además, no exime de responsabilidad el hecho que mediante acto motivado se emita el refrendo con posterioridad a la orden de inicio.

Respecto a la determinación de quién debe establecer las responsabilidades en la Municipalidad de Turrubares, se aclara que no es un aspecto que pueda ser atendido por la vía consultiva por parte de este órgano contralor, sino que debe ser la propia entidad la que lo determine dentro del ámbito de su competencia.

4. ¿Las licitaciones adjudicadas, ejecutadas y pagadas por la Administración activa que carecen de refrendos internos son eficaces?

De conformidad con el artículo 218 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, si la Administración concluye que una determinada contratación no observó las formalidades sustanciales requeridas y ello no puede corregirse ya que presenta vicios graves y evidentes, tal contrato se tendrá como irregular y la Administración debe determinar si cabe algún resarcimiento. Al respecto, la indicada norma en lo que interesa señala:

“Artículo 218.- Deber de verificación. (...) El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. “

De lo anterior se concluye que cuando una contratación inobserva los procedimientos legales y reglamentarios correspondientes podría ser irregular y, por ende la Administración deberá establecer las sanciones correspondientes.

5. ¿Dicha omisión de ser el caso representaría un acto sujeto a responsabilidad administrativa e incluso civil?

Tal y como se indicó en la respuesta No. 4, es claro que si la Administración determina que se está ante una contratación irregular debe establecer las sanciones correspondientes en caso que existan funcionarios responsables de la emisión de esos actos administrativos o actuaciones.

6. ¿Debe la Administración activa realizar las gestiones para recuperar el porcentaje correspondiente a la utilidad de los contratos o en su defecto el 10% del monto de aquellos contratos que se ejecutaron sin contar con el refrendo interno?

El artículo 218 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, delimita las condiciones a ponderar para aplicar sanciones a los contratistas por contrataciones irregulares. De igual forma, el artículo 21 de la LCA regula que los funcionarios que promuevan una contratación irregular, pueden ser sancionados conforme al artículo 96 bis de la LCA. Lo anterior respetando siempre el debido proceso.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División Interino

Natalia López Quirós
Fiscalizadora Asociada

NLQ/apus
Ni: 18862
G: 2021002538-1
Expediente: CGR-CO-2021004314

