

EL REFRENDO CONTRALOR

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Profesor de Contratación Administrativa
Maestría de Derecho Público

(*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José, Costa Rica

SUMARIO:

Introducción

1. Concepto
2. Administración Pública y refrendo
3. Silencio positivo y refrendo
4. Inaplicación de la tesis del silencio positivo a la contratación administrativa
5. Inclusión y exclusión respecto de la obligación del refrendo
6. Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones administrativas
7. Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En la contratación administrativa el refrendo es un acto administrativo que hace posible la ejecución del convenio o su eficacia (capacidad de surtir efectos legales).

Este acto está a cargo de la Contraloría General de la República, por mandato constitucional del numeral 184.

Artículo 184 Carta Magna:

1) *No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella* (párrafo segundo).

1. CONCEPTO

Es un acto de aprobación que concede la Contraloría en materia de contratos administrativos. La Administración obligada deberá gestionar y obtener la aprobación previamente a dar la orden de inicio de ejecución del respectivo contrato (*artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*).

Se debe indicar que el *refrendo* es un requisito *sine qua non* para que el contrato administrativo pueda ser ejecutado o sea eficaz (*Resolución de la Contraloría 328-2000*).

El contrato administrativo podría ser válido y perfecto, pero sin el refrendo no sería ejecutable o eficaz (no podría surtir efectos jurídicos).

Aquí se debe indicar que la *autorización* es previa al acto administrativo correspondiente; y, la *aprobación*, es posterior a este acto. En el caso concreto, estamos en el terreno de los contratos administrativos.

A veces la redundancia se observa en algunos textos legales cuando se afirma: “*autorización previa*”, ya que la autorización siempre es previa o anterior a la emisión del respectivo acto administrativo.

Por su parte la *Contraloría General de la República* afirmó que el refrendo es un acto de aprobación que tiene por objeto verificar la

adecuación de las contrataciones efectuadas por la Administración Pública con el ordenamiento jurídico vigente.

Al ubicarse como punto intermedio entre el procedimiento de contratación y su etapa de ejecución, bien podría decirse que pone fin a la fase de formalización contractual, transformándose en un acto de control previo que concede eficacia al contrato, con lo que posibilita que éste despliegue sus efectos.

Claro está que no debe ser entendido como una “*autorización*”, de la cual difiere bastante.

La *autorización*, dentro de un contexto de fiscalización, consiste en un acto previo por el cual un órgano o ente faculta a otro para que emita un determinado acto o realice un comportamiento específico. Se catalogan como actos de carácter secundario que permite que se dicte el principal, por lo que se erige en requisito de validez.

A diferencia de los anteriores actos, el refrendo, se emite con posterioridad a que la Administración realizó su actuación de formalización del contrato, y otorga eficacia plena a los contratos (*oficio No. 7362 del 21 de julio del 2000*). Por ello se dice que el refrendo es un acto de aprobación y no de autorización.

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y REFRENDO

En el *voto 5947-98* la Sala Constitucional afirmó que la obligación del refrendo pesa sobre toda la Administración Pública, lo cual ratifica el reglamento sobre las contrataciones de la Administración Pública, artículo 1.1:

Requerirán del refrendo de la Contraloría General de la República, las contrataciones o convenios, interinstitucionales y con sujetos de derecho privado, que celebren los entes y órganos que integran la Administración Pública, en el tanto comprometan fondos públicos.

Por su parte el *numeral 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República*, afirma que son fondos públicos:

Los recursos, valores, bienes y derechos propiedad del estado, de órganos, de empresas o de entes públicos.

3. SILENCIO POSITIVO Y REFRENDO

El artículo 20 de la Ley de la Contraloría manda que este ente constitucional fiscalizador tiene 30 días hábiles para pronunciarse sobre el *refrendo* solicitado por la Administración. Si este plazo transcurre y la Contraloría guardó silencio, se tiene por concedido el *refrendo* respectivo (*silencio positivo*).

El Reglamento sobre el *refrendo de las contrataciones administrativas*, en su numeral 10 manda:

La Contraloría General de la República atenderá las gestiones de refrendo de contratos en un plazo que no podrá exceder de treinta días hábiles, a partir de la fecha en que la Administración interesada haya satisfecho la totalidad de los requisitos necesarios para resolver la gestión.

Esta disposición queda complementada con los numerales 11 y 12 de este Reglamento.

Artículo 11:

La Administración interesada deberá gestionar y obtener el refrendo, previo a ordenar el inicio, de ejecución del respectivo contrato. La inexistencia o denegación del refrendo, impedirán la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida bajo pena de sanción de nulidad absoluta.

Artículo 12:

Si a pesar de la inexistencia o denegación del refrendo la ejecución contractual se realice mediante actividades. O actuaciones, éstas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute, así como de quienes pudiendo impedirlo no lo hicieron. Igual disposición será aplicable para el caso de modificaciones a los elementos esenciales del contrato, ejecutadas sin contar con el refrendo contralor.

Por su parte el artículo 30 de la Ley de la Contraloría fue declarado inconstitucional por el voto 998-98 SC.

Este numeral 30 decía:

En el caso de que la Contraloría no resuelva o no se pronuncie dentro del plazo legal o reglamentario establecido en relación con los recursos de apelación en licitaciones públicas, el acto de adjudicación se tendrá como válido y eficaz (párrafo segundo).

Esta redacción fue copiada en la Ley de contratación administrativa, en su artículo 89, párrafo tercero:

Vencido el plazo para resolver su prórroga, sin que se haya dictado la resolución final, el acto de adjudicación se tendrá por confirmado automáticamente.

También el *Reglamento de la contratación administrativa*, numeral 99.4, fue declarado por la SC como inconstitucional ya que es una repetición de lo que enunciaba el citado numeral 89, párrafo tercero, de esa Ley.

El voto 998-98, *Considerando XXI*, afirmó que hay obligación de pronunciarse sobre la petición que hacen los particulares, no pudiéndose alegarse complejidad o falta de tiempo para hacer justicia. Asimismo, el apelante ante la Contraloría quedaría burlado ya que si ésta no resolvía se tenía, automáticamente, por confirmado el acto de adjudicación, favoreciéndose a la Administración adjudicante y al adjudicatario (también, votos 1589-90, 661-91, 1711-94, 1206-96).

4. INAPLICACIÓN DE LA TESIS DEL SILENCIO POSITIVO A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Por el voto 1052-01 SC, se afirmó que en materia de concesiones administrativas del Estado, no cabía el silencio positivo como tampoco en el *campo ambiental* (votos 2954-94, 1730-94, 5506-94, 2233-93, 6836-93, 1731-94), en función de la protección a los intereses públicos.

Sostiene *Vargas* que tampoco procede en el terreno del refrendo el silencio positivo, por cuanto los contratos administrativos tienen naturaleza de servicio público, se refieren a bienes y servicios públicos, uso de bienes demaniales; tampoco en la explotación de *recursos naturales* o que impliquen el uso de bienes públicos (cit., págs. 223 a 225, 227, 2002).

Comparto la tesis de *Vargas* en el sentido de que en materia de refrendo no cabe el silencio positivo, por la protección a los intereses públicos, generales o de la comunidad..

En los demás casos referidos a la tesis del *silencio positivo*, el numeral 331 de la *Ley de Administración Pública* manda que el plazo para que surja el silencio positivo será de un mes, a partir de que el órgano administrativo reciba la solicitud de autorización, aprobación o licencia *con los requisitos legales*.

Si existe falta, total o parcial, de esos *requisitos legales*, el silencio no puede operar.

La *Sala Primera del Poder Judicial* en la Sentencia 88-F-94 de las 15:05 del 19 de octubre de 1994, afirmó que para que opere el silencio positivo, debe el particular haber cumplido en su gestión con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la norma, pues de lo contrario implicaría la ausencia de presupuestos esenciales para la existencia del acto, no pudiendo operar el silencio positivo cuando se omita alguno de ellos, aunque el órgano o funcionario encargado no realice la respectiva prevención. Lo contrario implicaría aceptar la existencia de un acto administrativo que no reúne los presupuestos esenciales para su validez, no pudiendo en el caso concreto subsanarse el vicio (*Considerando V*).

Por ello, estimo que la redacción de los *artículos 11 y 12* del citado *Reglamento de refrendos*, están orientados a negar la tesis del silencio positivo en esta materia.

Citar aquí lo que dice el *voto 3027-00* en cuanto a que la ley cede frente a la norma constitucional que le da a la Contraloría plena autonomía funcional para ejercer el control y los refrendos, de tal modo que la ley de la propia Contraloría, *artículo 20* sería inconstitucional por ese silencio positivo atribuido.

La pregunta que se puede hacer es:

¿Adónde estaba la Contraloría que permitió que ese numeral 20 quedara con esa redacción sobre el silencio positivo?

Aquí existe responsabilidad objetiva (por los resultados y por omisión) de parte de la Contraloría al permitir que en ese artículo 20 quedara plasmado tal silencio positivo en materia del refrendo.

Respecto de ese *numeral 89*, párrafo 3º de la LCA en cuanto a que si la Contraloría no resolvía una apelación de un acto de adjudicación de una licitación, se mantenía el acto adjudicatorio, no existe responsabilidad objetiva del ente contralor, ya que –en su oportunidad– envió a la Asamblea Legislativa dos dictámenes señalando las inconstitucionalidades del proyecto de la Ley de contratación administrativa (ahora Ley de la República) y en este Poder Legislativo ni se leyeron esos documentos, sino que los archivaron. La misma infortunada suerte corrieron los demás estudios y documentos que la empresa privada y el sector público mandó al Poder Legislativo respecto de ese proyecto de ley.

Por estas razones, la Cámara de Representantes de Casas Extranjeras (CRECEX) como el suscrito, presentamos acciones de inconstitucionalidad en contra de normas de esa ley abiertamente inconstitucionales. La Sala Constitucional en el voto 998-98 procedió a declarar como inconstitucionales esas normas como también aquellas del reglamento de esa ley.

Al presente, el Estado ha tenido voluntad política solo para promulgar nuevos *artículos 27 y 84* (normas sobre montos de contratación y de impugnación), que siguen siendo inconstitucionales (a la luz del voto 998-98) por cuanto esos montos son muy elevados y dejan como excepción a la licitación pública, como medio de selección del contratista público. (Ver *La Gaceta* N° 1 del 2 de enero del 2003, en cuanto a esos montos elevados; para febrero de este año se espera la publicación, a cargo, también de la Contraloría, de nuevos montos con límites muy altos).

Se explica que el reglamento de refrendos, en su artículo 11 citado, mande que la

“inexistencia o denegación del refrendo impedirán la eficacia jurídica del contrato y su ejecución quedará prohibida, bajo la pena de sanción de nulidad absoluta”.

Y, que el *numeral 12*, citado, de ese *Reglamento de refrendos*, manda que:

Si a pesar de la inexistencia o denegación del refrendo la ejecución contractual se realice mediante actividades o actuaciones, éstas generarán responsabilidad personal del servidor que las ordene o ejecute, así como de quienes pudiendo impedirlo no lo hicieron. Igual disposición será aplicable para el caso de modificaciones a los elementos esenciales del contrato, ejecutadas sin contar con el refrendo contralor.

En esas normas la palabra “*inexistencia*”, quiere decir que el refrendo no se ha producido, ya que no existe. No hacen alusión ninguna esos *artículos 11 y 12* del *Reglamento de refrendos*, al silencio positivo. Lo ignoran de plano.

5. INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN DEL REFRENDO

• Inclusión

Por el *voto 5947-98 SC, Considerando VII*, se afirmó que el refrendo del artículo constitucional 184, es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado.

• Exclusión

Mediante votos 5947-98 y su adición 9524-99, la Sala Constitucional, afirmó:

que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, la Contraloría General de la República establezca condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus

propias competencias y a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le confiere para refrendar los contratos del Estado, con lo que comprende a toda la Administración Pública sin excepción alguna, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público.

Además, por el voto 3027-00 se ratificó que es:

competencia exclusiva de la Contraloría General de la República diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia ley orgánica.

Por ello resulta acertado afirmar que es constitucionalmente posible que en atención a la naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, este órgano establezca condiciones razonables y proporcionadas a la facultad que el artículo 184 constitucional le otorga para refrendar los contratos del Estado con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa, y en atención al interés público; toda vez que el refrendo debe entenderse como parte de las atribuciones de fiscalización de la hacienda pública que le corresponde en exclusiva a la Contraloría, para cuyo ejercicio posee absoluta independencia funcional y administrativa, en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 183 de la Carta Fundamental, motivo por el cual puede definir los alcances, mecanismos y procedimientos de fiscalización superior, incluso frente al legislador, si éste afecta su independencia, según se anotó con anterioridad en el voto 998-98.

En virtud de lo anterior, la Contraloría General de la República estimó razonable, proporcional y

ajustado a los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa, conocer por la vía del refrendo, en cuanto a su cuantía, aquellos contratos que representan un volumen significativo del gasto presupuestado para las administraciones públicas, para la adquisición de bienes y servicios no personales, considerando las diferencias presupuestarias existentes entre las distintas entidades, excluyendo los que por su baja cuantía, objeto o naturaleza, pueden ser ejecutados sin el refrendo contralor. Así las cosas, con el propósito de aplicar la disposición de la Sala Constitucional, el Órgano Contralor estableció estratos institucionales, de conformidad con el presupuesto para la adquisición de bienes y servicios no personales y, dentro de cada uno de esos estratos, fijó los límites a partir de los cuales las distintas administraciones deberían someter sus contrataciones al refrendo contralor.

Así se entiende por qué se emitió el *Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones administrativas*.

Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones administrativas

(Gaceta N° 28 del 9 de febrero de 2002)

- **Inclusión**

El artículo 1 de este Reglamento manda que:

con las excepciones que indica el numeral 2 siguiente, requerirán del refrendo de la Contraloría General de la República, las contrataciones o convenios, interinstitucionales y con sujetos de derecho privado, que celebren los entes y órganos que integran la Administración Pública, en el tanto comprometan fondos públicos.

- **Exclusión**

El artículo 2 de este Reglamento detalla las contrataciones administrativas excluidas del refrendo contralor.

Función constitucional de la Contraloría y el refrendo

Este *voto 3027-00* de la Sala Constitucional es relevante para los efectos de la delimitación constitucional de las funciones de este órgano fiscalizador de la hacienda pública. Por ello, lo citamos de un manera más extensa.

En efecto, la función contralora y fiscalizadora de la Hacienda Pública que la propia Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República, que entre otras funciones y competencias, debe encargarse del control de la eficiencia de la Administración (artículo 17 de su ley Orgánica), de la fiscalización y aprobación de los presupuestos de un numeroso grupo de entes públicos (artículo 18 ibidem), aprobar los contratos que celebre el Estado (artículo 20 ibid) de aprobar y examinar las liquidaciones presupuestarias anuales de esos entes, de realizar auditorías sobre los entes públicos y aquellos que manejen fondos de tal naturaleza (artículo 21 de la Ley señalada), la facultad para establecer y uniformar, mediante reglas y condiciones de obligado cumplimiento, la forma en que los distintos entes públicos han de proceder en su relación con el ente contralor; de modo que no cabe duda de que deben estar sujetos, por conveniencia contralora y por ser jurídicamente posible, a sistemas generalizados.

Quedó claro en la sentencia recurrida –número 05947-98, de las catorce horas treinta y dos minutos del diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho-, que el refrendo de la contratación administrativa a cargo de la Contraloría General de la República es de aplicación a toda la administración pública, con lo que se incluye no sólo a los órganos que se financian con el plan de gastos de la Administración Central, sea la Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro respectivo), el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República y la Defensoría de los Habitantes, sino

también a los órganos descentralizados y desconcentrados de la Administración Pública, con lo que se hace extensivo a los bancos que conforman el sistema bancario nacional. Dos son los principios constitucionales que dan fundamento a esta posición: el artículo 182 de la Constitución Política, establece que los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa son de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución del gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado; y del artículo 184 constitucional deriva el principio rector del control de la contratación administrativa realizado directa y exclusivamente por el órgano constitucionalmente encargado de la vigilancia y fiscalización de la hacienda pública. Es función esencial de la Contraloría General de la República la fiscalización de la hacienda pública, por mandato constitucional –artículo 183 constitucional–, pudiendo realizar esta función a través de diversas modalidades de control, sea el refrendo y otros medios, como el auditoraje o las inspecciones, o la misma apelación o la intervención a posteriori. En este sentido, debe tenerse en cuenta que así como la norma constitucional refiere a la legislación ordinaria para que ésta establezca las diversas modalidades de la contratación administrativa, en razón de su monto, configurándose así, la licitación pública, la licitación privada, contratación directa, y remate con procedimiento alterno, según la clasificación dada por la Ley de la Administración Financiera de la República, número 1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno derogada por la Ley de la Contratación Administrativa, número 7494, de dos de mayo de mil novecientos noventa y cinco, adicionada y reformada por Ley número 7612, de veintidós de julio de mil novecientos noventa y seis, que establece la siguiente clasificación: licitación pública, licitación por registro, licitación restringida, remate y contratación directa; así, es competencia exclusiva de la Contraloría

General de la República, el diseñar diversos mecanismos y modos para efectuar el control de la contratación administrativa, en razón del monto, la materia y la institución pública que realice la contratación, conforme a los principios que la propia Constitución Política da, y obviamente dentro del marco legal que le confiere su propia Ley Orgánica.

7. CONCLUSIÓN

Con rango constitucional el *refrendo* de los contratos administrativos, se ejerce por la Contraloría General de la República, como parte del control jurídico-contable de la hacienda pública.

El refrendo es el acto administrativo contralor necesario e imprescindible para que el respectivo contrato pueda ser eficaz (es decir, ejecutado).

BIBLIOGRAFÍA

- Bercaitz, Miguel Angel. *Teoría general de los contratos administrativos* (Buenos Aires: Desalma, 1980)
- Brewer-Carías, Allan. *Contratos administrativos* (Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1992)
- Cassagne, Juan Carlos. *El contrato administrativo* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999).
- Chojkier, Raquel et al. *Contrataciones del Estado* (Buenos Aires: Depalma, 2000).
- Comadira, Julio. *La licitación pública* (Buenos Aires: Depalma, 2000).
- De Solas, José María. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración* (Madrid: Tecnos, 1990).
- Díaz, Alicia. *Guía para la gestión de contratos de las administraciones públicas* (Madrid: Ministerio de Hacienda, 2002).
- Dromi, Roberto. *Licitación pública* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000).
- Fernández Astudillo, J.M. *Contratación administrativa*. (Barcelona: Bosch, 2002).
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo. Contratos* (Mexico Porrúa, 2000).
- Fernández, José María. *Contratación administrativa* (Barcelona: Bosch, 2000).
- Hernández, Nancy. *La realidad de la jurisprudencia constitucional a partir del voto 998-98* (San José: Maestría de Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 2002).
- García de Enterría, Eduardo (Director) *Revista Española de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, Nos. 1 a 100, CD-rom, 1999).
- y, Tomás Ramón-Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 6ª. Ed., dos tomos, 1999).
- Gómez Ferrer, Rafael. *La mutabilidad de la figura del contrato administrativo*. (Madrid: Reus, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Setiembre-octubre, 1999).
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, T.I, 1998).

- Gosalbez, Humberto. *El contratista de la Administración Pública* (Madrid: Marcial Pons, 2000).
- López-Elías, José Pedro. *Asuntos jurídicos de la licitación pública en México* (México: UNAM, 1999).
- Martínez, José Luis et al. *Contratación Pública* (Madrid: Marcial Pons, 1996).
- Méndez, Ana Beatriz; y, Carlos Mora Rodríguez. *Elementos fundamentales de la contratación administrativa* (San José: Escuela Judicial, 1999).
- Montero Rodríguez, Milena. *El refrendo en la contratación administrativa* (San José: Maestría de Derecho Público, Universidad de Costa Rica, 2002).
- Murillo, Mauro. *El refrendo de contratos* (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 4, 1968).
- Nieto, Alejandro. *Balada de la justicia y la ley* (Madrid: Trotta, 2002).
- Richer, Laurent. *Droit des contrats administratifs* (París: LGDJ, 1999).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).
- Derecho Administrativo Especial. Contratación administrativa* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).
- Contratación pública internacional* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, No. 90, 1999).
- Contratación pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2003).
- Santamaría Pastor, Juan. *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Vol. I y II, 2000).
- Vargas Mata, Randall. *El refrendo constitucional*. (San José: tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002).
- Vega de Herrera, Mariela; y, Alejandro Ordóñez. *Contratación estatal* (Bogotá: Temis, 1999).