

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio N° **09007**

21 de setiembre de 2010

DJ-03700-2010

Señor

Francisco Jiménez

Ministro

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES

Estimado señor:

Asunto: Solicitud de dictamen favorable tendiente a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del Acuerdo de Adjudicación No. 0105-2009 de la Contratación Directa No. 2009CD-000105-DI denominada “Contratación de Servicios Profesionales para la Auditoría Técnica del Proyecto: “Licitación Pública 01-2005: Conservación Vial de la Red Nacional Pavimentada por precios unitarios y el Informe No. DFOE-OP-3-2009 de la Contraloría General de la República.

Damos respuesta a su oficio N° 20104104 de 25 de agosto de 2010, recibido por esta Contraloría General el 2 de setiembre de ese mismo año, mediante el cual solicita el dictamen favorable de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, para declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acto administrativo de referencia.

Adjunta expediente administrativo que consta de 411 folios.

I. Antecedentes

Según consta en el expediente y las pruebas remitidas a este Despacho, en lo fundamental, debemos precisar:

1.- En el mes de agosto de 2009, el Consejo Nacional de Vialidad promovió la Contratación Directa No. 2009CD-000105-DI denominada “Contratación de Servicios Profesionales para la Auditoría Técnica del Proyecto: “Licitación Pública 01-2005: Conservación Vial de la Red Nacional Pavimentada por precios unitarios y el Informe No. DFOE-OP-3-2009 de la Contraloría General de la República”.

2.- Dentro de la documentación presentada como parte de la oferta del Ing. Alejandro Medina Angulo se incluyó una declaración jurada en la que se indicó que no estaba afectado por ninguna causal de prohibición previstas en el artículo 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 19 de su Reglamento. Asimismo se señala que no le une relación de parentesco con personas que

laboran directamente para el CONAVI y que aclara que el Ing. Enrique Angulo Zeledón es tío materno y pertenece a la Junta Directiva del CONAVI.

3.- Mediante oficio No. SP.09-2801 de 23 de setiembre del 2009 se recomienda al Director Ejecutivo del CONAVI adjudicar la Contratación Directa de marras al oferente Alejandro Medina Angulo.

4.- Que por medio del Acuerdo de Adjudicación No. 0105-2009 de 23 de setiembre de 2009, el Ing. Alejandro Molina Solís, Director Ejecutivo del CONAVI, acogió la recomendación descrita en el apartado anterior y adjudicó la Contratación Directa No. 2009CD-000105-DI al Ing. Alejandro Medina Angulo.

II. Criterio sobre el caso concreto

En cuanto a la forma:

Del contenido normativo del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, se desprende claramente que no se puede dictaminar sobre la existencia de la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, si previamente no se ha realizado un procedimiento administrativo ordinario, de conformidad con los ordinales 214, siguientes y concordantes y 318, siguientes y concordantes de ese mismo cuerpo normativo.

En el presente caso se tuvo por acreditado lo siguiente:

- Que mediante resolución del 8 de abril de 2010 el Ministro de Obras Públicas y Transportes ordenó la apertura del procedimiento administrativo y nombró al Órgano Director de este procedimiento administrativo de conformidad con lo establecido en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública —LGAP— (ver folios 1 y 2 del expediente administrativo).

- Por resolución N° 002-2010 de las 14:30 horas del 13 de mayo de 2010, el órgano director procedió a hacer del conocimiento del señor Alejandro Medina Angulo, los hechos por los cuales se ordenó iniciar el procedimiento administrativo de mérito; fijó la fecha (11 de junio de 2010) y hora (10:00) de la comparecencia oral y privada, previniéndosele que debía presentar en dicha audiencia los alegatos de descargo que considere pertinentes. Además se hizo de su conocimiento que contra la resolución que se le notificaba, procedían los recursos de revocatoria con apelación en subsidio dentro del plazo de veinticuatro horas a partir del día siguiente a su notificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 346, inciso 1) de la LGAP; y se dejó a disposición del señor Medina Angulo el expediente conformado al efecto, acorde con el artículo 272 de la LGAP (ver folio 365 a 374 del expediente administrativo).

- El acto de apertura fue notificado al señor Medina Angulo el 14 de mayo de 2010 (ver folio 376 del expediente administrativo), acorde con lo dispuesto en el numeral 2 y siguientes de la

Ley de Notificaciones N° 8687 y el artículo 243 de la LGAP, cumpliéndose con el plazo de 15 días de anticipación antes de realizar la comparecencia según lo dispone el numeral 311 de la LGAP.

- Al ser las 10:00 horas del 11 de junio de 2010, correspondiente a la fecha y hora señalada para efectuar la audiencia de comparecencia oral y privada, el señor Alejandro Mediana Angulo presenta sus alegatos por medio de su representante legal, manifestando en lo que interesa lo siguiente: Señala que la interpretación del tema de las prohibiciones debe hacerse en forma restrictiva pues es una limitación a un derecho constitucional de libre comercio y libre contratación. Que la adjudicación de la Contratación Directa fue realizada directamente por el Ing. Alejandro Molina, sin contar con la participación ni directa ni indirecta del Consejo de Administración, por lo que estos últimos no han tenido injerencia o participación en la adjudicación. En caso de anularse se solicita proceder con la indemnización correspondiente. (Ver folios 383 a 385 del expediente administrativo).

- Que en cumplimiento de lo preceptuado por el numeral 173 de la LGAP y una vez concluida la etapa de instrucción y comprobado de manera previa que existe un vicio que podría provocar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del acto administrativo, el expediente administrativo completo, ordenado cronológicamente y foliado fue enviado por el órgano competente a esta Contraloría General, con el objeto de corroborar los vicios de nulidad, absoluta, evidente y manifiesta que afecten el acto administrativo (ver oficio N° 20104104 antes citado).

De conformidad con los hechos antes expuestos, este despacho no observa violación alguna al debido proceso, pues se respetó lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública en cuanto a la tramitación del procedimiento ordinario y lo correspondiente a la Ley de Notificaciones, cumpliéndose con los plazos ahí estipulados y brindándose a la parte las oportunidades procesales para ejercer la defensa de sus derechos.

En cuanto al fondo:

a) Sobre el régimen de prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa.

El derecho a la libertad de empresa solo puede ser restringido en los supuestos que el artículo 28 de la Constitución Política prevé, es decir, en el tanto su ejercicio dañe la moral social, el orden público o los derechos iguales o superiores de terceros.

En el caso del régimen de prohibiciones previsto en la Ley de Contratación Administrativa, se limita la participación en aras de proteger un interés público mayor, que es la transparencia en las contrataciones públicas, de tal forma que se eviten situaciones de conflicto que puedan entorpecer o comprometer la gestión y los intereses de la propia Administración. Sobre el régimen de prohibiciones véase resoluciones de la Sala Constitucional No. 3495-92 y 3050-2003.

Estas limitaciones, son entonces materia de reserva de ley, por lo que a pesar de su finalidad, su aplicación debe circunscribirse a lo dispuesto en la normativa respectiva. De esa forma, se ha establecido un régimen de prohibiciones en atención al orden público, el cual se encuentra regulado

en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa (reformados por la Ley No. 8422).

El inciso b) del artículo 22 bis de dicho cuerpo legal dispone que, se encuentran inhibidos de participar, directa o indirectamente, como oferentes en los procedimientos de contratación administrativa, entre otros:

“b) Con la propiedad entidad en la cual sirven, los miembros de la junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los subgerentes, tanto de las instituciones descentralizadas como de las empresas públicas, los regidores propietarios y el alcalde municipal.”.

Asimismo el inciso h) de ese artículo extiende la prohibición para contratar a:

“h) El cónyuge, el compañero o la compañera en la unión de hecho, de los funcionarios cubiertos por la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive.

Cabe indicar que en el caso de este último inciso, el legislador en el artículo 23 de ese cuerpo legal habilitó la posibilidad de que la Contraloría General de la República levante la prohibición en los siguientes casos:

- a) Cuando se demuestre que la actividad comercial desplegada se ha ejercido por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- b) En el caso de directivos o representantes de una persona jurídica, cuando demuestren que ocupan el puesto respectivo, por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición.
- c) Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación.”

En concordancia con lo anterior, el artículo 22 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que la incompatibilidad generada por la prohibición dispuesta en el inciso h) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, será levantada por la Contraloría General de la República mediante resolución motivada, cuando las personas allí descritas demuestren que se dedican, en forma habitual, a desarrollar la misma actividad o función potencialmente objeto de una contratación administrativa, por lo menos un año antes del surgimiento del supuesto de la prohibición.

En el presente caso y de acuerdo con los hechos que se tuvieron por acreditados en el procedimiento administrativo, se tiene por demostrado que el Ing. Alejandro Medina Angulo es sobrino del Ing. Enrique Angulo Zeledón, el cual es miembro de la Junta Directiva del CONAVI, por lo que a dicho oferente le alcanza la prohibición para contratar establecida en el numeral 22 y 22 bis, inciso h) en relación con el inciso b) de la Ley de Contratación Administrativa, dado el parentesco en tercer grado por consanguinidad que existe entre el señor Alejandro Medina Angulo y el Ing. Enrique Angulo Zeledón.

En ese sentido, la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República en un caso similar indicó:

“... a) Del régimen de prohibiciones en general. A través del régimen de prohibiciones contenido en la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y su Reglamento (RLCA), se impone una limitación a la posibilidad con que cuentan ciertas personas (físicas o jurídicas) para participar en los procesos de contratación realizados por la Administración Pública, buscando a través de dicho régimen, garantizar un interés público superior, tal y como lo es la transparencia en el desarrollo de los procedimientos mencionados. La normativa indicada, dispone una prohibición que aplica, a determinados funcionarios que como producto de la investidura que ostentan se encuentran imposibilitados para contratar con la Administración, a sus cónyuges y a sus parientes hasta tercer grado por consanguinidad o afinidad establecidas en el artículo 22 bis de LCA y en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en su numeral 19. La citada normativa debe interpretarse de la manera más estricta por establecer límites al ejercicio de actividades comerciales o profesionales, como es el caso que nos ocupa, derechos de la persona con tutela incluso constitucional. No obstante lo señalado, en el caso que nos ocupa, nos encontramos frente a un supuesto que requiere algún esfuerzo de interpretación y de integración normativa, toda vez que se tiene un supuesto de un ente como el Colegio de Abogados que, por recibir fondos de origen público, realiza sus contrataciones en estricto apego de lo que establece la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y el Reglamento de contratación Administrativa (RCA) y no solo aplicando principios de contratación como sería el caso si recibiera menos del 50% por ciento de sus ingresos de origen público. Lo anterior por así disponerlo en forma expresa los artículos 1 y 2 de la citada LCA. En el anterior sentido, cambios operados en la LCA por medio de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Público, ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004, incluyó dentro del ámbito de aplicación del régimen de prohibición para contratar con el Estado la separación entre lo que debe entenderse como participación directa e indirecta de los funcionarios afectos a una prohibición. Así dicen los dos párrafos finales del artículo 22 de la LCA que:

“...Existirá participación directa del funcionario cuando, por la indole de sus atribuciones, tenga la facultad jurídica de decidir, deliberar, opinar, asesorar o participar de cualquier otra forma en el proceso de selección y adjudicación de las ofertas, o en la etapa de fiscalización posterior, en la ejecución del contrato.

La participación indirecta existirá cuando por interpósita persona, física o jurídica, se pretenda eludir el alcance de esta prohibición. Para demostrar ambas formas de participación se admitirá toda clase de prueba.”

En el caso del solicitante Campos Monge, su solicitud se enmarca en lo que se ha señalado por parte de esta Contraloría General como una posibilidad de prohibición indirecta, o sea que la prohibición la tiene en principio una persona de las señalados en los incisos a, b y c del artículo 22 bis de la LCA y en forma indirecta la transmiten a personas físicas o jurídicas por motivos de parentesco –como el caso que nos ocupa-, por relación comercial, accionaria, representación o por existir poder de injerencia o poder de decisión de la persona que se ubica en el ente que va realizar contratación administrativa. Tal y como se ha dicho, el señor Christian Campos Monge, hermano del solicitante, ejerce la vicepresidencia del Colegio de Abogados, ente que realiza sus contrataciones por medio de la LCA. Así, la lógica del régimen de prohibiciones es evitar algún tráfico de influencias o favorecimiento a favor de

algún pariente o empresa que participe en alguna contratación administrativa donde se administran fondos públicos, con las excepciones que la misma ley establece. En el caso que nos ocupa se debe definir dos cosas: si el señor Christian Campos tiene prohibición y si teniéndola, su hermano se le puede levantar la prohibición comunicada por su hermano en razón de su parentesco. Sobre el primer tema, al mantener el Colegio de Abogados su sistema de contratación apegado a los que establece la LCA, igualmente le aplica el régimen de prohibición, y al guardar similitud en el supuesto establecido en el inciso b del artículo 22 bis, sea participación como miembro de junta directiva, se considera por parte de esta Contraloría General que efectivamente los miembros de esa junta mantienen prohibición para contratar con el Estado, misma que no es susceptible de levantar para ellos por disponerlo así el artículo 23 de la LCA a contrario sensu. Incluso, se podría hilar más delgado y señalar que el mismo supuesto del inciso d del artículo 22 bis de la LCA podría generar prohibición por la referencia de la injerencia o poder de decisión, pues aunque la causal aplique para “funcionarios públicos”, en la especie, al tratarse de administración de fondos públicos, ineludiblemente se debe resguardar la transparencia en su gestión, con lo que se podría concluir que el régimen de prohibiciones debe interpretarse en forma armónica con su lógica de existencia, que es la protección del erario público. Este órgano contralor ha valorado que la Junta Directiva del Colegio ha delegado la asignación de cursos en su Departamento Académico, pero ese hecho por sí no tiene la virtud de afectar la prohibición legamente establecida. Por otra parte, en el caso del solicitante, señor Campos Monge, es hecho probado que él ha igualmente interpretado que su hermano le trasmite la prohibición al solicitar el respectivo levantamiento y de forma responsable presenta la gestión pertinente. Efectivamente nos encontramos de frente al supuesto establecido en el inciso h del artículo 22 bis de la LCA, sea parientes por consanguinidad hasta tercer grado inclusive, sea que el solicitante igualmente tiene prohibición para contratar con el Estado, pero se encuentra dentro de los supuestos en que procede el levantamiento de tal prohibición, pues el artículo 23 así lo regula, siempre y cuando se den los supuestos que esta última norma señala, y específicamente para este caso lo que señala el inciso a) de de la norma última citada, sea que se haya ejercido la actividad por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que motiva la prohibición. El solicitante ha acreditado que mantiene actividad contractual con el Colegio de Abogados como profesor desde un plazo mucho mayor al requerido en la norma de comentario, por lo que procede levantar la prohibición para que el solicitante Campos Monge pueda contratar con ese Colegio para impartir cursos...” (Ver Levantamiento de Prohibición No. 2310 (LEV-PROH-06-2010 de las 14:00 horas del 8 de abril de 2010)

En ese mismo sentido y en relación con la aplicación del inciso b) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa a los Consejos Directivos de órganos desconcentrados, la División Jurídica en el oficio No. 07708 de 12 de agosto de 2010 señaló:

“... Alcance del artículo 22 bis LCA en relación con el Ministerio de Cultura
Tal y como se define en las leyes de previa cita, el miembro del Consejo Nacional de Cinematografía, órgano del Centro Costarricense de Producción Cinematográfica, entidad adscrita al Ministerio de Cultura y Juventud, tiene prohibición para contratar con el Centro Costarricense de Producción Cinematográfica y no se extiende a las otras dependencias del Ministerio en cuestión. Bajo esta visión y considerando que las prohibiciones contempladas en el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, corresponden a reserva de ley por las razones ya explicadas, se entiende que la serie de supuestos esbozados en dicho

numeral, son únicamente respecto a quienes deseen o sean oferentes del Estado, en otras palabras se trata de supuestos en los cuales se configura la prohibición para el funcionario respectivo, para sus parientes o para las personas jurídicas que representa o de la cual forma parte de alguna de las maneras contempladas en la misma legislación y que quieran o sean oferentes.

Por las razones expuestas, este órgano contralor es del criterio que el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de previa cita, alcanza al miembro del Consejo Nacional de Cinematografía, órgano del Centro Costarricense de Producción Cinematográfica, entidad adscrita al Ministerio de Cultura y Juventud, tiene prohibición para contratar con el Centro Costarricense de Producción Cinematográfica y no se extiende a las otras dependencias del Ministerio en cuestión. No obstante lo dicho si el miembro del Consejo Nacional de Cinematografía, tuviera influencia o poder de decisión en cualquier otra dependencia del Ministerio de Cultura, en ese supuesto si le aplicaría el régimen de prohibiciones.

Advertimos al consultante que nos hemos referido en estricto a su solicitud y que no hemos hecho otras consideraciones relacionadas con la eventual aplicación del artículo 22 bis inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa, ya que no hemos tenido a la vista documentos que nos evidencien que el miembro del Consejo Nacional de Cinematografía pudiera estar en una posición con influencia o poder de decisión en las etapas de un procedimiento de contratación administrativa...”

De acuerdo con los textos transcritos, queda claro que la prohibición del inciso b) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa es aplicable también a los miembros de Juntas Directivas de Colegios Profesionales y órganos desconcentrados de Ministerios de Estado, en tanto se trata de entes y órganos que realizan sus contrataciones por medio de la LCA y que por ende les aplica la misma lógica del régimen de prohibiciones, a saber evitar algún tráfico de influencias o favorecimiento a favor de algún pariente o empresa que participe en alguna contratación administrativa donde se administran fondos públicos, con las excepciones que la misma ley establece.

Adicionalmente, es importante recordar que los artículos 23 de la Ley de Contratación Administrativa y 22 de su Reglamento establecen la posibilidad de solicitar el levantamiento de la citada prohibición en los supuestos ahí señalados, tramite sobre el cual no existe evidencia en el expediente administrativo que se haya gestionado por parte del señor Medina Angulo ante la Contraloría General de la República, por lo que dicho impedimento se mantenía vigente al momento de la adjudicación de la contratación.

b) Sobre la nulidad absoluta, evidente y manifiesta:

El artículo 3, párrafo tercero de la Ley de Contratación Administrativa, establece que *"El régimen de nulidad de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa"*. Al respecto ver resolución de la Sala Constitucional No. 998-98 de 16 de febrero de 1998.

En el caso del régimen de prohibiciones de la contratación administrativa, el artículo 25 de la Ley de rito señala expresamente que la violación de dicho régimen originará la nulidad absoluta del acto de adjudicación o del contrato recaídos a favor del inhibido y podrá acarrear a la parte infractora las sanciones previstas en esta Ley.

Como se puede observar, en este caso el operador jurídico no tiene la posibilidad de valorar la gravedad del vicio que adolece el acto administrativo, toda vez que es el propio ordenamiento jurídico el que en forma imperativa y obligatoria sanciona con nulidad absoluta este tipo de irregularidades. En ese sentido ver resolución No. 344-2005, del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Primera de las 10:25 horas del 24 de agosto de 2005.

En relación con el carácter evidente y manifiesto de la nulidad absoluta, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido claras al indicar que estamos ante este tipo de nulidades cuando los vicios del acto sean notorios, claros, de fácil captación, donde no se requiera de mayor esfuerzo y análisis para su comprobación, ya que el vicio es evidente, ostensible, manifiesto y de tal magnitud y consecuencia, que hace que la declaratoria de nulidad absoluta del acto sea consecuencia lógica, necesaria e inmediata, dada la certeza y evidencia palpable de los vicios graves que padece el acto de que se trata.

En el presente caso, esta División considera que si bien se tuvo por acreditado que el Ing. Alejandro Medina Angulo transgredió el régimen de prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa, dicha nulidad no es evidente y manifiesta, toda vez que la aplicación del inciso b) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa a un órgano desconcentrado como es el CONAVI, se deriva de la interpretación de dicha norma, pues como se puede observar de la literalidad del artículo, éste aplica a miembros de Juntas Directivas, Presidentes Ejecutivos, Gerentes y Subgerentes de instituciones descentralizadas y empresas públicas, así como de los regidores propietarios y alcaldes de municipalidades, sin que se contemple en dicha norma el caso de los Consejos Directivos de órganos desconcentrados.

Aunado a lo anterior y en relación con lo indicado por el órgano director en la resolución No. 003-2010 a folio 396 del expediente administrativo, este órgano decisor considera que el hecho de que el Ing. Enrique Angulo Zeledón participara en la adopción del acuerdo en que se le otorgó al Director Ejecutivo del CONAVI la competencia para adjudicar las contrataciones directas, no acredita la injerencia o poder de decisión de dicha persona en el acto de adjudicación cuestionado, toda vez que éste se trata de la delegación genérica de la competencia y no de la participación o injerencia en la adjudicación del contrato, la cual recaía exclusivamente en el Director Ejecutivo.

Aunado ello, es importante recordar que la participación en la toma de decisiones o la posibilidad de que exista injerencia en éstas, corresponde a la causal del inciso d) del artículo 22 bis de la LCA, la cual no fue intimada en el acto de apertura y tampoco se encuentra acreditada en los términos señalados en el párrafo anterior.

En razón de lo antes expuesto, este Despacho es del criterio que al encontrarnos frente a una nulidad absoluta que no tiene el carácter de evidente y manifiesta, lo procedente es denegar el dictamen favorable tendiente a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del Acuerdo de

Adjudicación No. 0105-2009 de la Contratación Directa No. 2009CD-000105-DI denominada “Contratación de Servicios Profesionales para la Auditoría Técnica del Proyecto: “Licitación Pública 01-2005: Conservación Vial de la Red Nacional Pavimentada por precios unitarios y el Informe No. DFOE-OP-3-2009 de la Contraloría General de la República.

Lo anterior, sin perjuicio de que la administración valore la posibilidad de presentar una demanda de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tendiente a que se declare en sentencia la nulidad absoluta de contrato, la cual en razón de las potestades que ostenta el juez, no requiere ser de carácter evidente y manifiesta.

Conclusión

De conformidad con las razones de hecho y derecho antes expuestas, , esta División deniega el dictamen favorable tendiente a declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta del Acuerdo de Adjudicación No. 0105-2009 de la Contratación Directa No. 2009CD-000105-DI denominada “Contratación de Servicios Profesionales para la Auditoría Técnica del Proyecto: “Licitación Pública 01-2005: Conservación Vial de la Red Nacional Pavimentada por precios unitarios y el Informe No. DFOE-OP-3-2009 de la Contraloría General de la República.

Atentamente,

Lic. Roberto Rodríguez Araica
Gerente Asociado

/ysp

Ci Archivo Central
G: 2010002770-1
NI: 16715