

**Al contestar refiérase
al oficio No. 11800**

LEV-PROH No.39-2011

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas del veinticuatro de noviembre del dos mil once. -----
Diligencias presentadas por **Noelia Camacho Starbird**, cédula de identidad número uno-novecientos noventa y dos-novecientos noventa y cuatro, con la finalidad de que se proceda con el levantamiento de la prohibición que le asiste para participar en procesos concursales con la Administración Pública, en razón del vínculo de afinidad que mantiene con Zarela y Luis Gerardo Villanueva Monge, actuales Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, y Diputado de la Asamblea Legislativa, respectivamente. -----

RESULTANDO

ÚNICO: Que mediante escrito presentado en fecha 14 de noviembre del 2011, por Noelia Camacho Starbird, solicita en su condición personal, el levantamiento de la prohibición que mantiene por virtud del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, para participar en procedimientos concursales para la Administración Pública, en vista de estar casada con Julio Armando Castellanos Villanueva, cédula de identidad número uno-mil-setecientos sesenta y dos, hijo de Zarela y sobrino de Luis Gerardo Villanueva Monge, actuales Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, y Diputado de la Asamblea Legislativa, respectivamente.-

CONSIDERANDO

I. Que el artículo 22 bis inciso a) de la Ley de la Contratación Administrativa, dispone que están inhibidos de participar directa o indirectamente como oferentes en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la institución en la cual sirven, entre otros, los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia y los diputados de la Asamblea Legislativa. A su vez el mismo artículo expresa en su inciso h), que la prohibición de estos

funcionarios se extiende entre otros a sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. -----

II. Que el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa dispone igualmente que la prohibición indicada en el inciso h) del artículo 22 bis citado, podrá ser levantada en lo conducente “(...) 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.* -----

III. Que de la información que corre agregada en el expediente de las presentes diligencias, aportada por la gestionante con ocasión del trámite de su gestión, se tienen por demostrados los siguientes hechos: **1)** Que Zarela Villanueva Monge, actualmente es Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, siendo nombrada al efecto por la Asamblea Legislativa por ocho años a partir del 10 de octubre de 1989 hasta el 10 de octubre de 1997, reelegida del 10 de octubre de 1997 al 9 de octubre de 2005 y del 10 de octubre de 2005 al 9 de octubre de 2013 (ver folio 8 del expediente). **2)** Que Gerardo Villanueva Monge, actualmente es Diputado de la Asamblea Legislativa, siendo electo al efecto para el período constitucional 2010-2014 (ver folio 9 del expediente). **3)** Que Noelia Camacho Starbird, es Abogada y Notaria, incorporada al Colegio de Abogados de Costa Rica desde el 28 de enero de 2002 (ver folio 7 del expediente). **4)** Que de acuerdo con las certificaciones de matrimonio y nacimiento emitidas por el Registro Civil, se tiene que Noelia Camacho Starbird contrajo matrimonio con Julio Armando Castellanos Villanueva el 25 de mayo de 2008, quien es hijo de Zarela Villanueva Monge y sobrino de Luis Gerardo Villanueva Monge (ver folios 3 al 6 del expediente). -----

IV. Con respecto al régimen de prohibiciones, en este caso resulta aplicable lo resuelto por esta División en las resoluciones LEV-PROH-03-2011 de las 13 horas del 21 de febrero de 2011, y LEV-PROH-28-2011 de las 9 horas del 13 de setiembre de 2011, que al efecto señalaron:

*“IV.- a)-**Sobre el régimen de prohibiciones y su ubicación normativa:** El artículo 46 de nuestra Constitución Política recoge dos principios fundamentales para el desarrollo y subsistencia de todo ser humano, que son la libertad de comercio y empresa, los cuales se encuentran inevitablemente ligados a las garantías constitucionales de la propiedad privada y libertad de trabajo. Estos postulados constitucionales, si bien se inspiran en una filosofía de ejercicio irrestricto de su contenido, no quiere decir que no puedan ser susceptibles de limitaciones basadas en principios de razonabilidad y*

proporcionalidad, se orienten hacia una protección del interés público o bien, de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, siendo una de estas limitaciones efectivas las provenientes del régimen de prohibiciones previsto en la Ley de Contratación Administrativa. Al respecto ha dicho nuestra Sala Constitucional que “(...) En refuerzo de lo dicho cabe indicar que las normas cuestionadas resultan válidas también, a la luz de los principios rectores de la contratación administrativa, especialmente el de la libre concurrencia y su derivado, el de igualdad, cuya vigencia se vería comprometida de aceptarse en esta sede la tesis propuesta en la acción.- El primero de los principios señalados -libre concurrencia- tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición entre todos los oferentes, y su contrapartida está en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; su consecuencia inmediata es que impone a la Administración el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, circunstancia que evidentemente no podría darse, si se permitiera la participación en el concurso de los funcionarios del más alto nivel en la República, o de sus parientes, quienes podrían utilizar ilegítimamente su posición para influenciar la escogencia final. Por el segundo de los principios indicados -igualdad- la Administración debe colocar a todos los oferentes en pie de igualdad, desde el inicio del procedimiento y hasta la adjudicación o formalización del contrato, lo que implica que no puede crear entre ellos discriminaciones jurídicas ni de hecho, susceptibles de dar ventaja a ciertos concurrentes, o bien de perjudicarlos. Esa igualdad comprende, al menos, el deber de que las condiciones sean las mismas para todos los competidores y que debe darse preferencia siempre a quien hace la oferta más ventajosa para la Administración; su incumplimiento, violación, quebrantamiento o no aplicación, vicia de nulidad el contrato que, como su consecuencia, fuere celebrado; y por ello, en atención a lo expuesto, no encuentra esta Sala que, en general, las disposiciones que prohíben la participación de los miembros de los Supremos Poderes y órganos constitucionales -y los parientes de aquéllos- en

los contratos administrativos, resulten en sí mismas inconstitucionales dado que encuentran asidero constitucional en los principios señalados, derivados de los numerales 33, 112 y 143 de la Constitución Política.- (...)” (sentencia 2003-3050 del 23 de abril del 2003). De lo dicho hasta el momento tenemos entonces, que la libertad de comercio y empresa puede ser objeto de regulación o limitación estatal en el tanto se procure con ello no solo adecuar su ejercicio al fin público sino que además, a evitar ventajas de ciertos funcionarios que pudiendo valerse del cargo que desempeñan, procuren influenciar en el resultado de un determinado proceso de contratación. Esto es así, porque precisamente el régimen de prohibiciones establecido en nuestro ordenamiento lo que trata de garantizar es ese deber de imparcialidad y probidad al que se encuentran sujetos los funcionarios públicos en sus actuaciones, evitando injerencias indebidas que puedan poner en riesgo la objetividad con la que deben desempeñarse en sus cargos, imparcialidad que es protegida por el solo hecho de la potencialidad de su quebranto, y no solo ante un hecho real y actual de incumplimiento, bastando la sola posibilidad de existencia de una situación que atente contra esos postulados, para que el mecanismo de protección se active. Ahora bien, teniendo en consideración lo anterior, es claro suponer entonces que las limitaciones al ejercicio de determinada actividad comercial o profesional, sólo pueden basarse en las causas expresamente definidas en la ley, y, de igual manera las causales de exclusión o habilitación de personas afectadas por ese régimen deben tener sustento en una misma norma legal. . .”.

V. Con respecto al levantamiento de prohibición solicitado por Noelia Camacho Starbird, tenemos que la prohibición que la afecta se encuentra ubicada en el inciso h) del artículo 22 bis antes citado, al tenerse por acreditado la existencia de un vínculo de parentesco por afinidad, entre la solicitante y Zarela y Gerardo Villanueva Monge, actuales Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y Diputado de la Asamblea Legislativa, en virtud de estar casada con el señor Julio Armando Castellanos Villanueva, hijo y sobrino de Zarela y Luis Gerardo Villanueva Monge (ver hecho probado 4). Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, esta prohibición es susceptible de ser levantada bajo el

cumplimiento de un requisito fundamental, que consiste en demostrar que la actividad comercial - en este caso profesional- se ha ejercido *por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario*. En este sentido, la gestionante por el hecho de que se incorporó al Colegio de Abogados de Costa Rica, a partir del 28 de enero de 2002 (ver hecho probado 3) no le permite ni le permitirá demostrar que ha ejercido su actividad profesional un año antes del nombramiento de Zarela Villanueva Monge como Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia a partir del 10 de octubre de 1989, simplemente porque el ejercicio de su actividad profesional una vez incorporada al Colegio de Abogados de Costa Rica siempre lo será con posterioridad a ese nombramiento. La disposición del artículo 23 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa es muy clara al señalar que procede el levantamiento de la prohibición definida en los incisos h) e i) del artículo 22 bis de esa Ley, siempre y cuando se demuestre la actividad comercial -en este caso el ejercicio de la actividad profesional en Abogacía y Notariado- se ha ejercido por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición. Ante la claridad de tal disposición, no es posible interpretar la norma de otra manera, máxime que estamos en presencia de materia odiosa y restrictiva, por lo que hay que tener presente lo acreditado en el extracto jurisprudencial anterior, en el sentido de que el vigente régimen de prohibiciones lo que trata de garantizar es el deber de imparcialidad y probidad al que se encuentran sujetos los funcionarios públicos en sus actuaciones, evitando injerencias indebidas que puedan poner en riesgo la objetividad con la que deben desempeñarse en sus cargos, y en el caso presente el legislador estimó prudente y conveniente poder levantar la prohibición del inciso h) de la disposición del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, siempre y cuando se demuestre que la actividad comercial o profesional se ha ejercido por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que la origina. Bajo ese orden de ideas, no resulta procedente el levantamiento de prohibición solicitado derivado del inciso a) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, por no ser posible demostrar en el presente caso un ejercicio de la actividad profesional de por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que la origina, en este caso de Zarela Villanueva Monge, lo que significa que la gestionante mantiene la prohibición y únicamente podría ser contratada por la Administración Pública como Abogada y Notaria en el tanto cese el nombramiento de Zarela Villanueva Monge como Magistrada de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, a este órgano contralor no le resulta factible levantar la prohibición a Noelia Camacho Starbird para concursar en los procesos licitatorios que promueva la

Administración Pública. En consecuencia, procede denegar el levantamiento de prohibición solicitado, en tanto no resulta factible conforme la normativa legal y reglamentaria vigente. -----

POR TANTO:

SE RESUELVE: De conformidad con lo expuesto y los artículos 22, 22 bis incisos a) y h), 23 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, en concordancia con los artículos 22 y 23 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y las jurisprudencias citadas, se resuelve: **Denegar la solicitud de levantamiento de prohibición** que afecta a **Noelia Camacho Starbird**, cédula de identidad número uno-novecientos noventa y dos-novecientos noventa y cuatro, para contratar con la Administración Pública. -----

NOTIFIQUESE. -----

Lic. Oscar Castro Ulloa
Gerente Asociado a.i.

OCU/yhg
NN: 11800 (DCA-3108-2011)
NI: 20428
Ci: Archivo central
G: 2011000211-43