

Al contestar refiérase
al oficio N° **01957**

09 de febrero de 2016
CGR/DJ-0184-2016

Licenciada
Anacedin Vargas Rojas, M.B.A.
Auditora Interna
INSTITUTO DEL CAFÉ DE COSTA RICA

Estimada señora:

Asunto: Consulta sobre la posibilidad de un miembro de la Junta Directiva, un funcionario o sus familiares hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, puedan figurar como potenciales oferentes en un proceso de remate público con puja y adjudicación al precio más alto, publicado en medios de comunicación a nivel nacional y promovido por la institución.

I. Antecedentes.

La señora Auditora Interna requiere el criterio respecto de la posibilidad de que un miembro de la Junta Directiva, un funcionario o sus familiares hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad, puedan figurar como potenciales oferentes en un proceso de remate público con puja y adjudicación al precio más alto, publicado en medios de comunicación a nivel nacional y promovido por la institución.

Lo anterior, en razón de que aunque se conoce las limitaciones que impone la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, así como otra normativa como es el caso de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública; se ha recibido consultas sobre el tema, considerando que la naturaleza del procedimiento de remate público, así como el hecho de ser acto abierto, con puja y adjudicación al precio más alto y publicado en medios de comunicación a nivel nacional, se podría estar frente a actuaciones que no lesionan los principios que rigen la contratación administrativa.

II. Consideraciones Preliminares.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de la Ley Orgánica No. 7428 del 7 de setiembre del año 1994, en el cual se estableció que el órgano contralor ejerce la potestad consultiva en el ámbito de sus competencias, de manera que atiende las consultas que al efecto le dirijan los órganos parlamentarios, los diputados de la República, los sujetos pasivos y los sujetos privados no contemplados en el inciso b) del artículo 4, de la indicada ley.

En este sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República No. R-DC-197-2011 de las 08:00 horas del 13 de diciembre de 2011, en el artículo 8 se establece de manera puntual las condiciones que rigen el trámite y la atención de las consultas ingresadas como parte del ejercicio de la competencia consultiva. Concretamente, en sus incisos 1) y 2) se indica lo siguiente:

“Artículo 8º- Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme al artículo 29 de la Ley No. 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1. Tratarse de asuntos de competencia del órgano contralor.*
- 2. Plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante. (...).”*

De lo cual se desprende la obligación de presentar las consultas dentro de las materias propias de la competencia constitucional y legal de esta Contraloría General (vinculada con la Hacienda Pública), así como plantearse en términos generales, sin que se someta al órgano consultivo a la resolución de circunstancias concretas propias del ámbito de decisión del sujeto consultante, o que atañen a la situación jurídica del gestionante.

Dicho proceder, valga acotar, obedece a la finalidad propia del proceso consultivo, que no pretende sustituir a la administración en la toma de decisiones respecto de las competencias que le han sido asignadas en el ordenamiento jurídico, a la vez que se trata de evitar el riesgo que genera la emisión de un criterio vinculante sobre la base de supuestos fácticos y jurídicos que no se conocen a plenitud, y por ende, puede generar un pronunciamiento errado en sus conclusiones. De manera que –reiteramos- el carácter general de las observaciones y el análisis que aquí se plantea sobre los temas en consulta.

Lo anterior no impide, sin embargo, emitir un criterio vinculante, respecto a consultas relacionadas con el ámbito competencial de la Contraloría General (definido por el Constituyente y perfilado por el legislador ordinario), máxime cuando se trate de temas o materias abordados previamente en el ejercicio de su potestad consultiva. Esto en el entendido, claro está, que se trata de consideraciones que se esbozan desde una perspectiva general y no respecto a una situación específica e individualizada, y dirigidas por demás a orientar a la entidad consultante en la toma de sus decisiones.

La potestad consultiva no debe verse como un medio por el cual se sustituye a la Administración en el manejo particular de situaciones en el plano meramente administrativo, de los conflictos internos que se puedan generar entre las diferentes instancias en el seno de la administración consultante, o en la adopción de acuerdos o decisiones en sede administrativa. Tampoco como validación o confirmación de las conductas previamente adoptadas por la Administración activa, en cuyo supuesto deviene improcedente nuestro pronunciamiento por la vía consultiva. A partir de estas

consideraciones, se aclara que el criterio que ahora rinde esta Contraloría General se emite en términos generales.

III. Criterio del Despacho.

En relación con los aspectos consultados, debe precisarse que no solo abordan aspectos de los sujetos cubiertos por el régimen de prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa, sino que se refiere a la naturaleza misma del régimen; por lo que es necesario realizar algunas observaciones preliminares antes de referirnos a los supuestos de los funcionarios que menciona.

a) Sobre la naturaleza del régimen de prohibiciones.

El régimen de prohibiciones regulado en los artículos 22, 22 “bis” y 23 de la Ley de Contratación Administrativa, dispone la imposibilidad para los funcionarios enumerados de participar como oferentes directos o indirectos en los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a la aplicación de la Ley de Contratación Administrativa.

Esta imposibilidad dispuesta por el legislador y en algunos casos por el Constituyente¹, afecta la aptitud para contratar de los potenciales oferentes, los cuales no pueden considerar únicamente la plena capacidad de actuar y el cumplimiento de requisitos de admisibilidad², sino que requiere el respeto al régimen de prohibiciones para contratar. De esa forma, el régimen supone la imposibilidad de contratar en un esquema preventivo para las personas físicas o jurídicas cubiertas. Lo anterior, como señala Jinesta Lobo, con la finalidad de evitar colusiones y tráfico de influencias de manera directa o indirecta de ciertos funcionarios públicos con posición de poder o influencia en la organización administrativa³. Así entonces, el régimen de prohibiciones regulado en los artículos referidos de la Ley de Contratación Administrativa supone la solución del legislador al mandato constitucional de transparencia en la contratación administrativa.

Sobre este tema, ha señalado la Sala Constitucional que:

“IV.- SOBRE EL RÉGIMEN DE PROHIBICIONES ESTABLECIDO EN LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Las prohibiciones establecidas en la Ley de Contratación Administrativa tienen por fin principal garantizar la solvencia moral de las personas que contraten con las administraciones públicas. Esta Sala ha insistido en los contenidos éticos desarrollados por las normas que establecen prohibiciones en materia de contratación administrativa. En la sentencia No. 3348-95 de las 8:30 hrs. de 28 de junio de 1995, indicó que

¹ Como es el caso del artículo 112 de la Constitución Política para el caso de los diputados.

² Al respecto, dispone el artículo 16 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: “Aptitud para contratar. Sólo podrán contratar con la Administración las personas físicas o jurídicas que cuenten con plena capacidad de actuar, que no tengan impedimento por alguna de las causales de incapacidad para contratar con la Administración, y que demuestren su idoneidad legal, técnica y financiera, según el objeto a contratar.”

³ JINESTA LOBO, ERNESTO, Aptitud para contratar con las administraciones públicas: Régimen jurídico de las prohibiciones en la contratación administrativa, en Estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar, Compilación y edición a cargo del Dr. César Hines Céspedes, UCR, 2009, p.2. Consultado en: <http://www.ernestojinesta.com>

están imbuidas de un “alto contenido ético, base esencial de la vida en sociedad” y en la sentencia No. 3050-2003 de las 14:42 hrs. de 23 de abril de 2003, estimó lo siguiente: / “(...) VIII.- (...) En la acción se plantea la inconstitucionalidad, por exceso legislativo (artículo 28), de la inhabilitación de familiares de funcionarios públicos que tienen prohibición para contratar con la administración; sin embargo, la Sala estima que dichas prohibiciones no se enfrentan al referido numeral constitucional, en tanto desarrollan contenidos éticos y morales de la función pública que el país se ha comprometido a adoptar y ello resulta, sin duda alguna, del mayor interés público (...) también es posible para el legislador ordinario normar aquellas conductas privadas externas que se apartan de los patrones habitualmente admitidos por el sentimiento social medio y como ya se expresó líneas arriba, la prohibición de contratar de ciertos funcionarios y desde luego de sus familiares cercanos tiene relación con un contenido ético del ejercicio de la función pública que está recogido en el derecho de la constitución, razón por la cual la sala debe admitir como constitucional las regulaciones que se impugnan (...) IX.- (...) En ese sentido el legislador podría válidamente suprimir actividades que por sus características no sean reconocidamente útiles u honorables. También podrá establecer por razones éticas prohibiciones para contratar con el estado, tal y como las establecidas en las normas impugnadas. (...)” Así, con este tipo de prohibiciones lo que se pretende es evitar la corrupción administrativa que tantos costos le provoca al Estado social y democrático de Derecho y al desarrollo de los pueblos. Todo lo anterior en aras de un régimen de contratación administrativa plenamente transparente que evite las colusiones y el tráfico de influencias, de manera directa o indirecta, de ciertos funcionarios públicos que tienen una posición de poder o de influencia en la organización administrativa y cuentan con vínculos con la persona física o jurídica que pretende contratar con el ente público. Sobre el particular, es preciso señalar el deber de probidad a cargo de todo funcionario público, acentuado para los que ocupan ciertos puestos claves de poder –v. gr. Miembros de los supremos poderes– (artículo 3 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública No. 8422 de 6 de octubre de 2004) y el principio de objetividad e imparcialidad que dimana, a su vez, de la sujeción del principio de legalidad (artículo 11 de la Constitución Política), para evitar el conflicto entre el interés público y el privado. La contratación administrativa se traduce en una forma de colaboración de los sujetos privados con los poderes públicos, de modo que se debe tener confianza suficiente sobre la integridad de los primeros. El régimen de las prohibiciones es un instrumento de regulación de los mercados de la contratación administrativa, en cuanto establece el perfil de quien puede contratar con las administraciones públicas, de ahí la importancia de una normativa única y uniforme –como la costarricense– para evitar distorsiones y exclusiones indebidas del mercado y la relevancia de interpretar restrictivamente tales prohibiciones para favorecer –desde la perspectiva del contratista– el ejercicio de las libertades o derechos fundamentales al comercio, empresa y contratación –*in dubio pro libertate*–, tal y como lo recomendó la Sala Constitucional en la sentencia No. 2776-97 de las 15:36 hrs. de 20 de mayo de 1997. De igual manera, al suponer las prohibiciones límites extrínsecos de la ley o limitaciones de tales derechos fundamentales, deben ser materia reservada a la ley. Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha establecido una relación inescindible entre prohibiciones –sobre todo en las establecidas para los miembros de los supremos poderes y sus parientes– y los principios de libre concurrencia e igualdad, en el sentido que las primeras permiten actuar los segundos. En efecto, en la sentencia No. 3348-95 de las 8:30 hrs. de 28 de junio de 1995 –criterio reiterado en el voto No. 3050-2003 de las 14:42 hrs. de 23 de abril de 2003–, la Sala estimó que la aplicación efectiva de las prohibiciones, refuerza el “deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta” y de brindar condiciones idénticas a todos los oferentes, eso es, de evitar incurrir en discriminaciones que den ventaja o provoquen perjuicio a determinados concurrentes, todo lo cual no se lograría si participan los funcionarios y personas incursas en una prohibición. Es preciso destacar, como ya lo hizo esta Sala en la sentencia No. 3050-2003, que en lo que al contratista se refiere, a saber: / “(...) VII- (...) se sigue el principio general de capacidad establecido en la ley civil. Así, todas las personas se presumen capaces de contratar con la administración, salvo que la ley declare lo contrario de manera expresa. Dentro de las causales de incapacidad para contratar con la administración encontramos las causales de inhabilidad o incompatibilidad. Las personas con causal de incompatibilidad tienen afectada su capacidad de contratar con la administración y en razón de ello no pueden celebrar contratos con una entidad pública a pesar de ser legalmente capaces para realizar otros actos jurídicos (...)”. / De acuerdo

con el ordinal 22 de la Ley de Contratación Administrativa la prohibición de contratar con la administración pública se extiende a la participación que pueda tener el funcionario o particular incurso, tanto en los procedimientos de contratación como en la fase de ejecución contractual. De acuerdo con este numeral la prohibición, en realidad, se proyecta sobre todo el ciclo de contrato administrativo, esto es, desde su etapa de formación, hasta su perfección, formalización y ejecución.” (Resolución No. 2011-5272 de las quince horas y diecisiete minutos del veintisiete de abril del dos mil once).

Como puede verse, el régimen de prohibiciones no solo atiende el principio de transparencia; sino que armoniza con los principios de igualdad y libre concurrencia al permitir una competencia equilibrada, así como redundante en una mayor eficiencia y eficacia en la consecución de los fines públicos que persigue la contratación administrativa. En un sentido similar se ha referido este órgano contralor anteriormente cuando ha señalado:

“Lo anterior supone en palabras sencillas, que cualquier utilización parcial o total que un sujeto privado haga de fondos públicos, los obliga a sujetarse a los principios constitucionales, legales y reglamentarios que rigen la contratación pública. / En ese escenario en el cual hay una utilización parcial o total de fondos públicos con la consecuente obligación de aplicar principios de contratación administrativa, tenemos que en cuanto al régimen de prohibiciones que rige en esta misma materia, éste se entiende incorporado a los principios mencionados. / El régimen de prohibiciones se concibe, en ese esquema, como una parte que integra principios tales como el de transparencia. / En esa línea de razonamiento, este órgano contralor ha dicho que el régimen de prohibiciones contenido en la Ley de Contratación Administrativa, forma parte de los principios de la contratación administrativa y desde esa perspectiva tiene también rango constitucional toda vez que se basa en los principios de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, de legalidad o transparencia de los procedimientos, que es lo que en el fondo trata de garantizarse a los oferentes con la regulación de dicho régimen. / Lo anterior, es notorio y conocido en el tanto el régimen de prohibiciones tiene una finalidad preventiva, en primer término y, la corrección de una patología en segundo, al procurar evitar que algún oferente se vea beneficiado en determinado proceso de contratación por las relaciones de parentesco que lo unen a determinadas personas. En este sentido se advierte que, la Ley de Contratación Administrativa con el hecho de normar estas diversas situaciones buscaba impedir que éstas se dieran y sancionar las que por una u otra circunstancia, hubiesen operado u operasen en el futuro. (En ese mismo sentido véase resolución del Órgano Decisor de la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República PA-25-2002 de las diez horas del veinte de diciembre de dos mil dos y oficio de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República No. 12186 (DCA-3426) de 12 de octubre de 2007, entre otros). / De esta forma, debe quedar claro que si en la especie está de por medio la utilización parcial o total de fondos públicos por parte de un sujeto privado, éste se encuentra sometido en su actividad contractual –obviamente la que ejecute con dichos fondos– a los principios de contratación administrativa y como derivación de éstos, también se encuentra cubierto por el régimen de prohibiciones.” (oficio No. 2871 del 11 de marzo de 2009).

Como se desprende de lo citado, la actividad contractual en la que se utiliza fondos públicos en forma total o parcial, es la que precisamente está cubierta por el régimen de prohibiciones; de ahí que como bien indica la Sala Constitucional, el régimen se proyecta sobre todo el ciclo del contrato administrativo. De esa forma, estima este órgano contralor que ciertamente la prohibición se refiere a un elenco de sujetos que dispuso el propio legislador, pero no distingue el tipo de procedimiento de contratación

utilizado por la Administración, ni tampoco la fase en la que se encuentre el contrato; pese a que atenúa las consecuencias cuando el contrato se encuentra en fase de ejecución⁴.

De esa forma, es irrelevante si el tipo de procedimiento goza de los mecanismos más amplios de publicidad, difusión y su metodología permite la mayor apertura; pues si un sujeto se encuentra cubierto por la prohibición para contratar no puede presentarse como un oferente en el concurso, bajo pena de las sanciones que dispone el inciso f) del artículo 100 de la Ley de Contratación Administrativa, dejando de lado el caso de los levantamientos previstos por el artículo 23 de la misma norma legal. Desde luego, se entiende que sí se encuentran fuera, los procedimientos de excepción de oferente único, actividad ordinaria e interés manifiesto de colaborar por disponerlo así el propio legislador en el artículo 22 “bis” de la Ley de Contratación Administrativa.

Es por ello que, en atención a su consulta sobre la publicidad y amplitud del procedimiento, debe reiterarse que el régimen aplica no solo para procedimientos ordinarios como la licitación pública o el remate, sino también para los supuestos de excepción que se regulan en la normativa, salvo las excepciones ya mencionadas. De igual forma, aun en los supuestos de prohibición sobreviniente el régimen también aplica durante la fase de selección de ofertas, lo que implica el retiro de la oferta; así como en la fase de ejecución en donde no se castiga el interés público pero se dispone la importancia de respetar lo pactado por la Administración y la fiscalización que debe existir sobre el contratista en tales circunstancias.

b) Sobre los sujetos cubiertos por el régimen de prohibiciones.

De una lectura del artículo 22 “bis” de la Ley de Contratación Administrativa se desprenden cuáles funcionarios están cubiertos por la prohibición para contratar, la cual se transmite a sus parientes por afinidad o consanguinidad hasta un tercer grado (inciso h del artículo 22 “bis”); así como a las personas jurídicas en que éstos participen como accionistas, directivos o representantes (inciso i del artículo 22 “bis”).

Ahora bien, se consulta sobre el caso de miembros de la Junta Directiva, un funcionario o sus familiares hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad; sobre lo cual debe hacerse algunas precisiones.

En primer término, debe señalarse que en el caso de miembros de Juntas Directivas pesa la prohibición prevista por el inciso b) del artículo 22 “bis” de la Ley de

⁴ Al respecto, dispone el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa en lo que interesa: “Existirá prohibición sobreviniente, cuando la causal respectiva se produzca después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación. En tal caso, la oferta afectada por la prohibición no podrá ser adjudicada; se liberará al oferente de todo compromiso con la Administración y se le devolverá la respectiva garantía de participación. / Cuando la prohibición sobrevenga sobre un contratista favorecido con una adjudicación en firme, la entidad deberá velar con especial diligencia porque se ejecute bajo las condiciones pactadas, sin que puedan existir en su favor tratos distintos de los dados a otros contratistas en iguales condiciones.”

Contratación Administrativa, por lo que no es factible que puedan en ningún caso contratar con la propia Administración en cuya junta directiva participan. De ahí entonces, que de conformidad con el inciso h del mismo numeral, la prohibición se extiende a sus parientes hasta tercer grado por afinidad o consanguinidad; así como a las personas jurídicas en que participen conforme los supuestos del inciso i. Estos dos últimos incisos son dispensables en los supuestos que contempla el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa.

En cuanto a los funcionarios que refiere en sentido genérico, debe también precisarse que el artículo 22 “bis” de la Ley de Contratación Administrativa, dispone casos específicos y claros que no se trata de niveles de jerarquía, como es el caso de los funcionarios de proveedurías y asesorías legales con la Administración a la que prestan sus servicios (inciso c del artículo 22 “bis”). Sin embargo, el legislador atinadamente dispuso en el inciso d una prohibición de alcance extensivo a los funcionarios públicos con influencia o poder de decisión, en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, incluso en su fiscalización posterior en la etapa de ejecución o de construcción. Es por ello que, en cada caso debe determinarse si existe injerencia o poder de decisión en el procedimiento de contratación; para valorar si el funcionario está o no cubierto por el régimen, para lo cual es factible realizar la consulta ante la Contraloría General de la República, según dispone el artículo 21 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

c) Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que no se aplique el régimen de prohibiciones, los funcionarios no están exentos de evitar circunstancias de conflicto de intereses previstos por la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Sobre el particular, es el espíritu del legislador en torno a esta ley, en el Capítulo II de esta Ley N° 8422 contiene un régimen preventivo tendiente a preservar el ejercicio de la función pública de la corrupción, estableciéndose un conjunto de normas aplicables a los funcionarios y autoridades públicas contemplados en el articulado de dicho Capítulo, mediante la ordenación de todo un régimen de prohibiciones e incompatibilidades, destinado a evitar potenciales o reales conflictos de intereses. Por eso los fines de la Ley No 8422 (definidos en el artículo 1), son el *“prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública”*.

De ahí que al margen de lo anteriormente indicado, no debemos perder de vista el deber de probidad regulado en el artículo tercero de esta Ley, el cual obliga a que la gestión del funcionario público esté orientada a la satisfacción del interés público, asegurándose de guardar objetividad e imparcialidad en sus actuaciones, motivo por el cual las personas indicadas en el artículo 18 deberán de abstenerse de intervenir de cualquier forma en las actividades que puedan dar lugar a reales o potenciales conflictos de intereses, o bien, relaciones contractuales que puedan poner en riesgo sus deberes y obligaciones como servidor público.

De ahí que es de observancia de todo servidor público el efectivo cumplimiento de los principios de objetividad, imparcialidad, neutralidad, transparencia y primacía del interés público que presiden el accionar de quienes sirven a la administración pública.

En los términos anteriores dejamos atendida su consulta.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente Asociado
Contraloría General de la República

Johanna Rodríguez Monestel
Fiscalizadora
Contraloría General de la República



JRM/RRA/
NI: 306-2016
G: 2016000577