

R-DCA-766-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas veinte minutos del catorce de setiembre de dos mil dieciséis.-----

DILIGENCIAS DE LEVANTAMIENTO DE PROHIBICIÓN presentadas por **ÁNGEL ALBERTO ESPINOZA ESPINOZA**, para que se proceda con el trámite de levantamiento de la prohibición previsto en los artículos 22 y 23 de la Ley de Contratación Administrativa, a efectos de que pueda participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo, para servicios de mantenimiento del edificio escolar. -----

RESULTANDO

I. Que el veintiocho de julio de dos mil dieciséis, el señor **ÁNGEL ALBERTO ESPINOZA ESPINOZA** presentó ante la Contraloría General de la República, formal solicitud para el levantamiento de la prohibición que establecen los artículos 22 y 23 de la Ley de la Contratación Administrativa, para poder participar válidamente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Junta de Educación del centro educativo Punta Cuchillo para servicios de mantenimiento del edificio escolar.-----

II. Que mediante el oficio N° 10781 (DCA-2081) del diecisiete de agosto del dos mil dieciséis, esta División le solicitó al señor Ángel Alberto Espinoza Espinoza, aportar una serie de información adicional requerida para continuar con el trámite de su gestión, la cual fue remitida mediante correo electrónico el veintinueve de agosto del dos mil dieciséis.-----

III. Que mediante la resolución de las quince horas y treinta y ocho minutos del veinticinco de noviembre del dos mil catorce, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dio curso a la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Antonio Álvarez Desanti en contra de los incisos a), f), h) e i) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, y ordenó que *“...en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. (...) Igualmente, lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendientes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo, claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente.”* -----

IV. Que mediante la resolución N° 2015015687 de las nueve horas cinco minutos del siete de octubre del dos mil quince, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió lo siguiente: *“Por tanto: Se modifica la resolución de las 15:38 horas del 28 (sic) de noviembre de 2014, emitida dentro de este expediente y por la cual se dio curso a esta acción de inconstitucionalidad, con el fin de que se entienda que, en sede administrativa, la interposición de esta acción no suspende las actuaciones del ente contralor en las cuales se reconozca y aplique la figura del levantamiento de prohibiciones regulado en el artículo 23 de la Ley de la Contratación Administrativa o en las distintas normas jurídicas que regulen esta figura. Por consiguiente, lo único que debe suspenderse para los efectos de esta acción, serán las resoluciones finales que deban emitirse en vía administrativa, en aquellos casos en que la situación fáctica permita concluir al órgano contralor que se está (sic) presencia de casos de prohibiciones absolutas, entendido lo anterior en el sentido de que no resulta jurídicamente posible levantarlas.”* -----

V. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. Sobre la procedencia del análisis y resolución del trámite de levantamiento de la prohibición presentado por ÁNGEL ALBERTO ESPINOZA ESPINOZA en el contexto de la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los incisos a), f), h) e i) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa: Mediante la resolución de las 15:38 horas del 25 de noviembre del 2014, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia le dio curso a una acción de inconstitucionalidad interpuesta por Antonio Álvarez Desanti para que se declaren inconstitucionales los incisos, a), f), h) e i) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. En dicha resolución, la Sala Constitucional ordenó que: *“...en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. (...) Igualmente, lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendientes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo, claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente.”* Sin embargo, mediante la resolución N° 2015015687 de las 9:05 horas del 07 de octubre del 2015, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia modificó los

alcances de la resolución anterior, indicando en lo que interesa, lo siguiente: *“Por tanto: Se modifica la resolución de las 15:38 horas del 28 (sic) de noviembre de 2014, emitida dentro de este expediente y por la cual se dio curso a esta acción de inconstitucionalidad, con el fin de que se entienda que, en sede administrativa, la interposición de esta acción no suspende las actuaciones del ente contralor en las cuales se reconozca y aplique la figura del levantamiento de prohibiciones regulado en el artículo 23 de la Ley de la Contratación Administrativa o en las distintas normas jurídicas que regulen esta figura. Por consiguiente, lo único que debe suspenderse para los efectos de esta acción, serán las resoluciones finales que deban emitirse en vía administrativa, en aquellos casos en que la situación fáctica permita concluir al órgano contralor que se está (sic) presencia de casos de prohibiciones absolutas, entendido lo anterior en el sentido de que no resulta jurídicamente posible levantarlas.”* Como puede observarse, la Sala Constitucional estableció los alcances de la resolución del 25 de noviembre del 2014, de forma tal que explicó que lo único que debe suspenderse serán las resoluciones finales que deban emitirse en vía administrativa en aquellos casos en que la situación fáctica permita concluir al órgano contralor que se está en presencia de casos de prohibiciones absolutas, entendido esto en el sentido de que no resulta jurídicamente posible levantarlas; por lo cual este órgano contralor entiende que se le habilitó su competencia para resolver las gestiones sobre levantamientos de prohibición en donde no se está en presencia de prohibiciones absolutas. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 bis y 23 de la Ley de Contratación Administrativa, este órgano contralor considera que las prohibiciones absolutas son aquellas que se ubican en los supuestos de los incisos a), b), c), d) e), f), g) y j) del artículo 22 bis, ya que en esos casos la prohibición no es susceptible de ser levantada, lo anterior guarda concordancia con lo señalado por la Sala Constitucional en la citada resolución N° 2015015687, donde se indica *“...que se está en presencia de prohibiciones absolutas entendido lo anterior en el sentido de que no resulta jurídicamente posible levantarlas.”*; y entiende que las prohibiciones que se ubican en los supuestos de los incisos h) e i) del artículo 22 bis no son absolutas en tanto que en esos casos la prohibición sí se puede levantar, siempre y cuando el gestionante cumpla ciertas condiciones. Así las cosas, y con fundamento en las consideraciones expuestas, es que esta División procede a resolver la gestión de levantamiento de prohibición presentada por Ángel Alberto Espinoza Espinoza.-----

II. Sobre el régimen de prohibiciones en general: Los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, establecen un régimen de prohibiciones que limita la participación

de algunos potenciales oferentes en los procedimientos de contratación administrativa, ello en procura de garantizar la transparencia de las contrataciones públicas, con el fin de evitar situaciones de conflicto que comprometan los intereses de los participantes. En particular, el artículo 22 bis, inciso d) 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 promuevan las instituciones sometidas a esa ley “... *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*”. Además, el inciso h) del mismo artículo 22 bis extiende esa prohibición a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los funcionarios cubiertos por la prohibición. Por su parte, el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que la prohibición expresada en los incisos h) e i) del artículo anterior podrá levantarse 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.*” -----

III. Sobre la información aportada por Ángel Alberto Espinoza Espinoza: De la información aportada por el señor Espinoza, se desprenden los siguientes hechos probados: **1)** Que la señora Olga Isabel Espinoza Espinoza, con cédula de identidad 6-0165-0906, fue nombrada Vicepresidente de la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo a partir del 17 de marzo del 2016 y hasta el 11 de abril del 2018 y la señora Marianela Sequeira Sequeira cédula 6-0372-0571, fue nombrada Secretaria de la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo a partir del 9 de julio del 2015 y hasta el 11 de abril del 2018 (ver certificación emitida por la señora Betania Seas Molina, Directora Regional de la Dirección Regional Peninsular del Ministerio de Educación Pública el 20 de julio de 2016 visible a folio 32 del expediente de las diligencias de levantamiento). **2)** Que Ángel Alberto Espinoza Espinoza, con cédula de identidad 6-0310-0804 es hijo de Olga Isabel Espinoza Espinoza (ver certificación del Registro Civil N° 41519353, visible a folio 34 del expediente de las diligencias de levantamiento). **3)** Que según copia de certificación extendida por la oficina regional de Puntarenas del Tribunal Supremo de Elecciones, emitida de acuerdo a estudio practicado en el índice general, no aparece matrimonio inscrito de Ángel Alberto Espinoza Espinoza Espinoza con cédula de identidad 6-

0310-0804 (ver documento del Registro Civil N° 41519355 visible a folio 30 del expediente de las diligencias de levantamiento). **4)** Que mediante nota fechada 22 de agosto del 2016, y suscrita por ÁNGEL ALBERTO ESPINOZA ESPINOZA, se indica lo siguiente: *“En respuesta al oficio DCA-2081 recibido el 17 de agosto del 2016, en el **punto tres, elementos probatorios de la actividad comercial**, le comunico que no tengo elementos probatorios para presentar, debido a que este es el primer año que se abre el proceso de contratación para mantenimiento del edificio escolar en la escuela Punta Cuchillo, por lo que al no haber interesados he propuesto mi nombre para participar en la contratación. Por lo tanto no cuento con facturas ni ningún otro elemento probatorio que permitan cumplir con ese punto. De igual forma en el oficio que se envió comenté que era esposo de la secretaria, sin embargo es unión libre en la que estoy por lo que en el registro aparezco como soltero. / Así mismo, quiero aclarar que la actividad que ostento es de manera temporal y se hace por el periodo de este año, más si cumplo las expectativas y si se abre el proceso de contratación de este servicio para el año siguiente quisiera participar en la contratación* (ver folio 29 del expediente de las diligencias de levantamiento). **5)** Que mediante oficio sin número remitido a la Contraloría General de la República el 23 de agosto de 2016 y recibido el día 29 de ese mes y año, suscrito por la Presidenta, Vicepresidenta y Secretaria de la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo, se indica lo siguiente: *“Sirva la presente para responder al punto seis del oficio DCA-2081 sobre el levantamiento de la prohibición para la contratación que la Junta de la Escuela Punta Cuchillo ha abierto para el puesto de peón de mantenimiento para el curso lectivo 2016. /Para los procesos de contratación administrativa, se toma en cuenta la opinión de todos los miembros de la Junta para la elección del contratado, dejando en claro que la Vicepresidenta y la secretaria tienen poder de decisión para tal procesos. / Sin más asuntos que agregar. Margarita Pérez Cortés Presidenta de la Junta de Educación Escuela Punta Cuchillo Olga Espinoza Espinoza Vicepresidente de la Junta de Educación Escuela Punta Cuchillo y Marianela Sequeira Sequeira Secretaria de Junta de Educación Escuela Punta Cuchillo* (ver folio 31 del expediente de las diligencias de levantamiento).-----

IV. Sobre el caso en particular: a) Sobre la prohibición que afecta a Olga Isabel Espinoza Espinoza y a Marianela Sequeira Sequeira para contratar con la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo: De conformidad con el artículo 22 bis, inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa, la prohibición para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa le aplica 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. En el caso bajo análisis, se tiene por acreditado que la señora Olga Isabel Espinoza Espinoza, con cédula de identidad 6-0165-0906, fue nombrada Vicepresidente de la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo del 17 de marzo de 2016 al 11 de abril de 2018 y Marianela Sequeira Sequeira con cédula de identidad 6-0372-0571, fue nombrada Secretaria de la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo a partir del 9 de julio de 2015 y hasta el 11 de abril del 2018 (ver hecho probado 1), y de conformidad con el Reglamento General de Juntas de Educación y Juntas Administrativas emitido mediante el Decreto Ejecutivo N° 38249, las Juntas de Educación y Juntas Administrativas son organismos auxiliares de la Administración Pública, y les corresponde coordinar, con el respectivo director del centro educativo, el desarrollo de los programas y proyectos, así como la dotación de los bienes y servicios, requeridos para atender las necesidades y prioridades establecidas en el Plan Anual de Trabajo (PAT) del centro educativo (artículo 2), por lo tanto se concluye que los miembros de las Juntas de Educación tienen injerencia o poder de decisión en los procedimientos de contratación que promueva la respectiva Junta para la compra de bienes o servicios. Así las cosas, se concluye que a Olga Isabel Espinoza Espinoza y Marianela Sequeira Sequeira, en su condición de miembros de la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo, les aplica la prohibición para participar como oferentes en los procedimientos de contratación administrativa que promueva dicha Junta de Educación, ello en aplicación del inciso d) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. A mayor abundamiento los propios miembros de la Junta de Educación externaron su dicho y afirmaron que en contratación administrativa se toma en cuenta la opinión de todos los miembros y que tanto la Vicepresidente como la secretaria tienen poder de decisión (hecho probado 5).

b) Sobre la prohibición que afecta a Ángel Alberto Espinoza Espinoza: Ahora bien, con respecto a la condición del señor Ángel Alberto Espinoza Espinoza, el artículo 22 bis inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa, establece que la prohibición para participar como oferente se extiende a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de los funcionarios cubiertos por la prohibición. En el caso bajo análisis se ha determinado que a Olga Isabel Espinoza Espinoza le aplica la prohibición establecida en el artículo 22 bis, inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo, también se ha acreditado que Ángel Alberto Espinoza Espinoza es hijo

de Olga Isabel Espinoza Espinoza (ver hecho probado 2), por consiguiente Ángel Alberto Espinoza Espinoza es pariente por consanguinidad en primer grado de Olga Isabel Espinoza Espinoza. Dicha relación de parentesco lleva a concluir que a Ángel Alberto Espinoza Espinoza también le aplica la prohibición establecida en el artículo 22 bis, inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo, sin embargo dicha prohibición es susceptible de ser levantada por no revestir la condición de absoluta según lo indicado en apartados anteriores. Ahora bien, aún cuando el señor Espinoza Espinoza haya presentado una certificación del registro civil por la cual se encuentra soltero (hecho probado 3), lo cierto es que de su propia manifestación en el escrito de solicitud de levantamiento, como de su declaración posterior a nuestro requerimiento, se manifiesta en primer lugar que es esposo, aclarándose que aún cuando ante el Registro Civil aparezca soltero, lo cierto es que según su propio dicho se encuentra en unión de hecho (hecho probado 4) por lo que por consiguiente Ángel Alberto Espinoza Espinoza es pariente por afinidad en primer grado de Marianela Sequeira Sequeira. Dicha relación de parentesco lleva a concluir que a Ángel Alberto Espinoza Espinoza también le aplica la prohibición establecida en el artículo 22 bis, inciso h) de la Ley de Contratación Administrativa para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo. **c) Sobre el levantamiento de la prohibición que afecta a Ángel Alberto Espinoza Espinoza:** El artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa establece que la prohibición expresada en el inciso h) del artículo 22 bis podrá levantarse, en el caso de personas físicas: *“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.”* Por lo tanto, lo que interesa determinar para que proceda el levantamiento de las incompatibilidades que afectan al señor Ángel Alberto Espinoza Espinoza, es que dicha persona acredite que se ha dedicado en forma habitual a desarrollar la actividad comercial por lo menos un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición. En el caso bajo análisis, el señor Ángel Alberto Espinoza Espinoza indica que su intención es brindar el *“servicio peón de mantenimiento de la escuela”*, razón por la cual mediante el oficio N° 10781 (DCA-2081) del 17 de agosto pasado, esta División le solicitó que aportara los documentos probatorios mediante los cuales demuestre que se ha dedicado en forma habitual a ejercer dicha actividad comercial por lo menos un año antes del nombramiento de sus parientes como miembros de la Junta de Educación de la Escuela

Punta Cuchillo. Como respuesta a dicho requerimiento, el señor Ángel Alberto Espinoza Espinoza aportó una nota fechada el 16 de agosto del 2016, en el cual manifiesta lo siguiente: *“En respuesta al oficio DCA-2081 recibido el 17 de agosto del 2016, en el **punto tres, elementos probatorios de la actividad comercial**, le comunico que no tengo elementos probatorios para presentar, debido a que este es el primer año que se abre el proceso de contratación para mantenimiento del edificio escolar en la escuela Punta Cuchillo, por lo que al no haber interesados he propuesto mi nombre para participar en la contratación. Por lo tanto no cuento con facturas ni ningún otro elemento probatorio que permitan cumplir con ese punto.”* (ver hecho probado 4). De conformidad con lo manifestado por el señor Ángel Alberto Espinoza Espinoza en la citada nota, se concluye que dicha persona no cumple con el requisito establecido en el artículo 23, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, lo cual es un requisito indispensable para poder levantar la prohibición que le afecta. En consecuencia, esta División se ve imposibilitada de acceder a lo solicitado, y por lo tanto se deniega el levantamiento de la prohibición.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo que disponen los artículos 22 bis, incisos d) y h), y 23 de la Ley de Contratación Administrativa, y el artículo 22 del Reglamento a dicha Ley **se resuelve: 1) Denegar el levantamiento de la prohibición**, que afecta al señor **ÁNGEL ALBERTO ESPINOZA ESPINOZA**, para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Junta de Educación de la Escuela Punta Cuchillo para servicios de peón de mantenimiento. **NOTIFÍQUESE.**-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Elena Benavides Santos
Fiscalizadora