

Al contestar refiérase
al oficio N° **02473**

06 de marzo del 2017
DCA-0452

Señora
Virginia Chacón Arias
Directora General
ARCHIVO NACIONAL

Estimada señora:

Asunto: Se emite criterio sobre consulta formulada relación con el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

Damos respuesta a nota n° DGAN-DG-1028-2016 de fecha 15 de diciembre de 2016 recibida en esta Contraloría General el 21 de diciembre del año en curso por medio de la cual plantea una serie de consultas en relación con el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

I-Potestad consultiva de la Contraloría General de la República.

La potestad consultiva de esta Contraloría General, se encuentra regulada en el artículo 29 de su Ley Orgánica (Ley 7428 del 4 de setiembre de 1994).

En este sentido, el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas antes citado, establece las condiciones que rigen el trámite y la materia consultiva.

En relación con lo anterior, y aplicando el reglamento al contenido de su consulta hemos de indicarle, que el numeral 8 del reglamento de cita, contempla los requisitos de presentación y admisibilidad de las consultas dirigidas al Órgano Contralor, al respecto, en su inciso 2) indica lo siguiente:

“Artículo 8-Requisitos para la presentación de las consultas. Las consultas que ingresen para su atención conforme el artículo 29 de la Ley 7428, deberán cumplir los siguientes requisitos:

(...) 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”

I. Motivo de la consulta

Se solicita criterio sobre:

“si funcionarios públicos que laboran para la misma institución contratante, en este caso el Archivo Nacional, pueden participar de los concursos que se publiquen , ya que no se encuentran en la lista de prohibiciones que se señala en el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, (sic) sin embargo, podrían tener mayor ventaja sobre el conocimiento del objeto contractual o verse influenciado por la relación laboral existente.”

III- Criterio de esta División.

Considerando importante señalar, que en resguardo a lo regulado en el inciso 2) del numeral 8 de nuestro Reglamento sobre la recepción y atención de consultas antes citado, y debido a que la situación por usted expuesta versa sobre una situación concreta, el presente criterio se emitirá abarcando el tema consultado en forma general.

Sobre el régimen de prohibiciones.

El régimen de prohibiciones en materia de contratación administrativa se encuentra regulado en los numerales 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

El artículo 22 se refiere al ámbito de aplicación que se extiende a la participación en los procedimientos de contratación, así como a la fase de ejecución del respectivo contrato.

Dispone esta norma que la prohibición sobreviniente, surge después de iniciado el procedimiento de contratación y antes del acto de adjudicación, en cuyo caso, no podrá ser adjudicada la oferta afectada por la prohibición, con lo cual se le devolverá al oferente la respectiva garantía de participación, liberando así de todo compromiso adquirido con la Administración. Asimismo, continúa señalando la norma, que si la prohibición sobreviene sobre un contratista favorecido con una adjudicación en firme, la entidad debe velar porque se ejecute bajo las condiciones pactadas, sin que existan a su favor tratos distintos a los otorgados a otros contratistas en iguales condiciones.

También contempla la norma que el funcionario sujeto a la prohibición debe abstenerse de participar, opinar o influir, en la ejecución del contrato.

En cuanto a la participación directa o indirecta del funcionario el artículo en estudio dispone:

“Existirá participación directa del funcionario cuando, por la índole 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”.

El numeral 22 bis, establece los oferentes que tendrán prohibido participar en forma directa o indirecta en los procedimientos administrativos que promuevan las instituciones que se encuentre sometidas a esta Ley.

Sobre este tema, este órgano ha señalado en el oficio 11368 DCA-0628 del 19 de noviembre de 2010 que:

“Por ende, en caso de que la persona sujeta a prohibición sea algunos de los funcionarios cubiertos por la causal de prohibición prevista en el inciso a) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, la prohibición será absoluta. Entendiéndose con ello, que existirá prohibición para contratar con toda la Administración Pública.

Por ende, exceptuándose el inciso a) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, la causal de prohibición que se configure en virtud de que un funcionario se ubique en alguno de los otros incisos de dicho numeral, será una prohibición para contratar con la Administración específica en la cual labore el funcionario sujeto a prohibición.

Al respecto esta Contraloría General en el oficio DCA-1864 (9187) del 30 de junio de 2006, indicó: “(...) en la especie se dan dos escenarios de acción con inhibición dependiendo del sujeto que provoca la limitación; así, una prohibición genérica que impide negociar con todo el Estado (caso de los diputados, ministros, magistrados o el presidente de la República; vid lista del inciso a) del ordinal 22 bis), y otra limitada donde solo hay restricción para con el la institución en la que se sirve (caso de los alcaldes, regidores o presidentes ejecutivos; vid lista de inciso b), c), d) y j) del numeral 22 bis). En detalle, tenemos que los sujetos que bajo ningún motivo legal pueden sostener negocios de manera personal o directa con el Estado son (vid, art. 22 bis y sus varios incisos): el presidente y los vicepresidentes de la República, los ministros y los viceministros, los diputados a la Asamblea Legislativa, los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, la contralora y la subcontralora generales de la República, la procuradora general y el procurador general adjunto de la República, la defensora y el defensor adjunto de los habitantes, el tesorero y el subtesorero nacionales, así como el proveedor y el subproveedor nacionales. / Por otro lado, se tiene a los que no pueden hacerlo pero con respecto a la institución o empresa en la que se labora son: los miembros de junta directiva, los presidentes ejecutivos, los gerentes y los subgerentes, los regidores propietarios, el alcalde municipal, los funcionarios de las proveedurías y de las asesorías legales, 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 cuanto a las excepción reguladas en el numeral 134 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, este numeral dispone: “(...) a excepción de los supuestos de proveedor único, actividad ordinaria e interés manifiesto de colaborar con la Administración, se deberá verificar que el eventual contratista no esté cubierto por el régimen de prohibiciones. (...)” (Corrida su numeración por el artículo 2° del decreto ejecutivo N° 40124 del 10 de octubre del 2016, que lo traspasó del antiguo 126 al 134)

Sobre el particular, esta Contraloría General dispuso en el oficio n°07117 (DCA-1879) del 16 de julio de 2014 lo siguiente:

“Ahora bien, de conformidad con el inciso d) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, 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, tienen prohibición para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la propia entidad en la cual sirven.

Además, dicho inciso explica que se entiende por injerencia o poder de decisión, cuando el funcionario respectivo, por la clase de funciones que desempeña o por el rango de jerarquía del puesto que sirve, pueda participar en la toma de decisiones o influir en ellas de cualquier manera. Este supuesto abarca a quienes deben rendir dictámenes o informes técnicos, preparar o tramitar alguna de las fases del procedimiento de contratación, o fiscalizar la fase de ejecución.

Como puede verse, el concepto de lo que debe entenderse por injerencia o poder de decisión es amplio, ya que abarca la participación del funcionario público en la toma de decisiones en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, aspecto que pasamos de seguido a analizar en el caso consultado.”

Ahora bien, en el oficio N° 3862 (DCA-0770) del 28 de marzo del 2016, esta División manifestó lo siguiente:

“Al respecto, debe tenerse presente que el puesto de dirección y el puesto de representación dentro de una empresa pueden conllevar facultades legales diferentes, responsabilidades legales diferentes y consecuencias jurídicas diferentes, dependiendo de los alcances y medios legales por los cuales se otorgan dichos puestos, por lo tanto el ‘puesto de dirección’ o el ‘puesto de representación’ que se contemplan en el inciso i) del artículo 22 bis de la LCA se entienden como dos supuestos jurídicos distintos, y en donde cada uno de esos supuestos –por separado- genera la prohibición para participar como oferente.

Con respecto a los conceptos de dirección y representación, en el oficio N° 6510 (LEV.PROH.N° 28-2010) del 7 de julio del 2010, este órgano contralor indicó lo siguiente:

“Al respecto debe tenerse claro que puesto de dirección o representación es aquel que otorga a la persona que lo ocupa, la facultad de ejercer algún poder de decisión o representación de la empresa, con absoluta independencia y libertad de criterio. Por lo que no es cualquier cargo de jerarquía dentro de una organización empresarial, el que puede generar una potencial situación de conflicto con respecto a la designación de determinado funcionario público en la institución para la cual la primera haya presentado oferta, sino aquel

que traiga aparejado algún poder de representación o dirección en la organización.”

De este modo, el puesto de dirección le otorga a la persona que lo ocupa la facultad de ejercer algún poder de decisión de la empresa, y el puesto de representación le otorga a la persona que lo ocupa la facultad de ejercer algún poder de representación de la empresa; y es en este sentido en que debe entenderse la diferencia entre uno y otro concepto. Así las cosas, debe tenerse claro que el poder de decisión que tenga una determinada persona dentro de una empresa se puede ejercer sin que ello conlleve necesariamente un poder de representación legal de la empresa, razón por la cual no pueden entenderse ambos conceptos como similares.”

Al respecto hemos de indicar que ello dependerá de varias condiciones, entre ellas la situación organizativa de cada persona jurídica, ya que puede ser que un puesto de dirección no conlleve representación alguna mientras que otro puesto de dirección sí lo ostente, y en el presente caso este órgano contralor desconoce las condiciones internas de organización de la empresa consultante. Debe tener presente que las condiciones particulares pueden generar nuevas situaciones jurídicas las cuales deben ser analizadas en forma individual.”

Así las cosas, será responsabilidad de la Administración determinar en cada caso si se configuran los supuestos necesarios para que de conformidad con la normativa, tenga lugar algunas de las excepciones previstas por el ordenamiento jurídico para el régimen de prohibición. Es decir, que la Administración deberá determinar en cada caso que efectivamente se trate de un supuesto de proveedor único, actividad ordinaria del ente o interés manifiesto de colaborar con la Administración, según las circunstancias que rodeen el caso en concreto.

El artículo 23 de este cuerpo normativo establece los supuestos bajo los cuales procede el levantamiento de prohibición reservado únicamente para los incisos h) e i) contemplados en el artículo 22 bis antes citado, a saber:

“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.

i) Las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior, sean titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación.”

Ahora bien, se debe tener presente lo dispuesto en el numeral 25 de la Ley en estudio que dispone que la violación del régimen de prohibiciones genera la nulidad del acto de adjudicación del contrato recaído a favor del inhibido y podrá acarrear a la parte infractora las sanciones previstas en la Ley de Contratación Administrativa.

Así las cosas, se reitera que este órgano contralor no atiende consultas sobre casos concretos, por lo que de esta forma se da por atendida su gestión.

Finalmente, le recordamos la importancia de registrarse y utilizar el Sistema de la Potestad Consultiva, de manera que podamos brindarle un servicio más oportuno y eficiente en la atención de su gestión. El mismo lo encuentra en nuestro sitio web www.cgr.go.cr

Atentamente,

Allan Ugalde Rojas
Gerente División

Ingrid Brenes Guevara
Fiscalizadora Asociada

IBG/AUR/apus
Ci: Archivo Central
NI:33945
G: 2016004200-1