

Al contestar refiérase
al oficio N° **15094**

04 de diciembre del 2017
DCA-3271

Máster
Rosa María Jiménez López
Directora Regional de Educación Pública
Dirección Regional de Educación de Liberia
MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA
Estimado señor:

Asunto: Se emite criterio sobre consulta formulada en relación con el régimen de prohibiciones en materia de Contratación Administrativa.

Damos respuesta a nota del 25 de setiembre de 2017, recibida en esta Contraloría General el mismo día, por medio de la cual plantea una situación concreta relacionada con el nombramiento en propiedad de la Supervisora de Centros Educativos en el Circuito 03 Bagaces, quien es madre de la persona que ostenta el contrato de arrendamiento donde funciona la Oficina de Supervisión.

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”

II. Motivo de la consulta

Requiere se le informe, según la situación expuesta en su consulta, si existe algún inconveniente de índole legal que afecte la relación contractual y laboral, de acuerdo a la ley de Contratación Administrativa, hasta que se dé por finalizado el contrato de arrendamiento.

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.

III- Criterio de esta División.

a. Sobre el régimen de prohibiciones.

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

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.

Sobre la prohibición sobreviniente regulada en este numeral, la misma 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, devolviéndosele al oferente la respectiva garantía de participación. 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 de la LCA, 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.

Al respecto, a través de la resolución R-DCA-0915 de las trece horas quince minutos del 01 de noviembre de 2017, este órgano contralor señaló:

“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, y con el fin de evitar situaciones de conflicto que comprometan los intereses de los participantes. En particular, el artículo 22 bis inciso b) 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 la propia entidad en la cual sirven “... los miembros de 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.” (subrayado agregado). Además, 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, “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.” A su vez, los incisos h) e i) de ese mismo artículo extienden esa prohibición al “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” y a “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.” En concordancia con lo dispuesto en la citada ley, el artículo 22 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa indica que: “La incompatibilidad generada por la prohibición dispuesta por los incisos h) e i) 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 cuanto a este régimen de prohibiciones, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VII emitió la resolución n°00033-2016-VII de las once horas con cincuenta minutos del treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis, mediante la que desarrolló el tema de prohibiciones reguladas en la Ley de Contratación Administrativa, documento que nos permitimos transcribir parcialmente:

“el régimen de prohibiciones regulado en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, tiene como finalidad garantizar la solvencia moral de las personas que contraten con las administraciones públicas, con lo cual pretenden evitar la corrupción administrativa, evitando las colusiones y el tráfico de influencias que de manera directa o indirecta, podrían generar ciertos funcionarios públicos que tienen 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. El régimen de prohibiciones dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa, constituye una garantía general de transparencia en el proceso de contratación y de los principios de igualdad y libre concurrencia contenidos en los artículos 33 de la Constitución Política y 5 de la Ley de Contratación Administrativa. El régimen de prohibiciones regulado por la Ley de Contratación Administrativa, persigue como objetivos evitar que la posición institucional del funcionario público le permita obtener un provecho personal, favorecer a sus familiares o bien, a entidades donde tenga alguna participación y mantener la imparcialidad y el deber de probidad que debe caracterizar la conducta de quienes ejercen la función pública, evitando que ciertos oferentes puedan ser colocados en una situación de favor, en virtud del vínculo familiar con un funcionario que pueda influenciar directa o indirectamente los procedimientos contractuales administrativos. Al constituir el régimen de prohibiciones una limitación legal de los derechos fundamentales al comercio, la empresa y contratación, su interpretación debe ser restrictiva y las limitaciones deben estar necesariamente reservadas a la ley.”

b. Levantamiento de prohibición.

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.”

Sobre el tema del levantamiento de prohibición, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección VII en la resolución n°00033-2016-VII de las once horas con cincuenta minutos del treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis antes trascrita parcialmente indicó:

*“Desde el momento de la designación en el cargo público del funcionario (a) cuya relación de parentesco origina la existencia de la prohibición, surge el **presupuesto de hecho** establecido por la ley para impedir a las personas físicas o jurídicas cubiertas con la prohibición el contratar con el Estado y sus Instituciones. El legislador previó **una dispensa legal** a efecto de que en determinadas circunstancias, aún cuando exista esa prohibición, el órgano contralor habilite a las personas físicas o jurídicas cubiertas por el impedimento para contratar. Conforme lo ha sostenido la Contraloría General de la República, lo cual avala éste Tribunal, la designación en cada uno de los cargos que se señala en el inciso a) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, se configura como un hecho generador nuevo, de tal manera que en cada designación de un funcionario (a) se requiere de una gestión expresa de la empresa o persona afectada por la prohibición a efecto de que el órgano contralor, en el ejercicio de sus competencias constitucionales de fiscalización, otorgue el levantamiento de la prohibición. Así, la dispensa es otorgada para un cargo específico, de modo que en caso de que el funcionario sea designado en un nuevo cargo, se vuelve a generar un hecho generador y debe realizarse el trámite de levantamiento de la dispensa. Bajo ningún supuesto puede entenderse que el trámite del levantamiento de prohibición constituye un **mero formalismo** y que la Contraloría General de la República simplemente declara que no existe la prohibición, ya que el órgano contralor de manera motivada debe otorgar la dispensa que por decisión del legislador habilita a los contratistas cubiertos por el régimen de prohibición, para presentar sus ofertas y ser adjudicados en concursos públicos, de modo que hasta tanto el órgano contralor no brinde tal habilitación, existe una disminución de las capacidades de*

estos oferentes para contratar con el Estado y sus entidades. Aún y cuando pudiera resultar lógico que al mantenerse los presupuestos que originaron el levantamiento de la prohibición, ante la primera designación del funcionario en un cargo público afecto a la prohibición (pues la relación de consanguinidad no cambia), es lo cierto que al determinar la disposición legal contenida en el artículo 22 bis inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, la prohibición que genera que una serie de funcionarios se encuentren inhibidos de participar como oferentes, sea de manera directa o indirecta, sólo puede dejarse de lado si la persona física o jurídica afectada por el impedimento legal, realiza el trámite de levantamiento de esa prohibición, cada vez que el funcionario (a) cubierto por la prohibición asume un nuevo cargo público de los enumerados en la citada disposición, lo que en criterio de éste Tribunal resulta acorde con los principios de transparencia e igualdad. Al efecto debe considerarse que la solicitud de levantamiento de prohibición se otorga a petición de parte y no de oficio, siendo que tanto la solicitud del interesado, como la aprobación por parte del órgano contralor deben estar debidamente fundamentados, en cuanto al cumplimiento de los presupuestos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, para dispensar a las empresas o personas físicas afectas por una causal de prohibición, para contratar con la Administración Pública. Conforme se dirá, las disposiciones contenidas en la Ley de Contratación Administrativa relacionadas con la sanción al régimen de prohibiciones, no prevén sanción alguna respecto del incumplimiento de las prohibiciones contenidas en el artículo 22 bis, por lo que existe una omisión legislativa que impide la aplicación a la sociedad actora de la sanción de inhabilitación que le fue impuesta por incumplimiento de las prohibiciones. En efecto, el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa establece de manera general el ámbito de aplicación del régimen de prohibiciones, pero es el artículo 22 bis, el que tipifica sus alcances, señalando las personas que en forma directa o indirecta se encuentran impedidas de participar como oferentes directos o indirectos en los procedimientos de contratación administrativa. Así en el inciso a) se indica tendrán prohibido participar como oferentes en forma directa o indirecta, entre otros cargos, los diputados de la Asamblea Legislativa. Por su parte el inciso h) señala que tendrán imposibilidad de participar en los procedimientos de contratación administrativa el cónyuge, el compañero o la compañera en unión de hecho, de los funcionarios cubiertos por la prohibición, así como sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. El inciso i) de la disposición citada señala que las personas jurídicas en las cuáles el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados en el inciso anterior, sean titulares de más de un 25% del capital social, o ejerzan algún puesto de dirección o representación. (...)En ese tanto, no se trata de cualquiera actividad comercial la que sirve de sustento para gestionar el levantamiento de la prohibición contenida en el numeral 22 de la ley No. 7494, sino que al amparo de las reglas de la lógica, la razonabilidad y la proporcionalidad que debe regir la aplicación del ordenamiento jurídico vigente, debe tratarse de la misma actividad comercial que se pretende ejercer para con la administración pública a partir del levantamiento y para la cual se solicita dicha dispensa. Al tenor

de lo indicado por el artículo 22 del reglamento a la ley No. 7494, no puede estimarse, válidamente, que sea cualquier tipo de actividad desplegada por un sujeto de derecho privado la causal suficiente para acceder al levantamiento de la prohibición, contrariamente a lo considerado por la actora, no siendo viable bajo ningún supuesto considerar que cualquier actividad que despliegue, en este caso una sociedad anónima, puede tenerse como una correspondiente al ejercicio de la actividad particular y puntual para la cual se necesita la remoción del impedimento legal; por ello, carece de todo sentido afirmar cualquier actividad mercantil resulta suficiente para que la administración demandada levante la restricción que por ley se impone. Deberá ser, se reitera, la actividad comercial puntual y concreta para la cual existe el impedimento legal, la que deberá de haberse ejercido por el sujeto interesado, al menos 1 año antes del nombramiento del funcionario en relación con el cual surgió el impedimento, siendo por ello su acreditación, del resorte específico del sujeto que la alega, en aplicación del aforismo jurídico que a la letra reza: "quien afirma, prueba". Por ello, correspondía a la solicitante, acreditar de manera fehaciente ante la administración respectiva, que cumple con las condiciones exigidas por el ordenamiento, para el levantamiento de la prohibición, lo cual deberá demostrar mediante la aportación del material probatorio idóneo y certero, la veracidad de tal afirmación. "

Ahora bien, se debe tener presente que el artículo 25 de la ley en estudio dispone que la violación del régimen de prohibiciones antes analizado, 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.

Al respecto, la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo señaló en la Sentencia N° 344-2005 de las diez horas con veinticinco minutos del veinticuatro de agosto del dos mil cinco lo siguiente:

*"(...) es claro que la Ley de Contratación Administrativa -en adelante LCA-, número 7494 de 2 de mayo de 1995, según reforma por la 7612 de 12 de julio de 1996 (no se aplica al caso la reforma por ley 8422 de 6 de octubre de 2004, por no estar vigente al momento de los hechos y decisiones que se juzgan), en su Capítulo V, determina una serie de prohibiciones, expresamente el artículo 22 regula que están inhibidos de participar en un proceso de contratación como oferentes los funcionarios públicos con influencia o participación directa o indirecta en cualquier etapa del procedimiento, o sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado, o las personas jurídicas en que tales parientes sean titulares de más de un veinticinco por ciento del capital social o ejerzan puestos directivos o de representación en ellas (incisos b °, d ° y e °); situación en que evidentemente se encuentran el representante de la actora como dueño de su capital y su madre como miembro de la junta directiva respecto del doctor(...) como funcionario, por ser tío del primero y hermano de la segunda. **Debe llamarse la atención de que la***

norma no regula un simple impedimento u obstáculo procesal, sino una clara y terminante prohibición; acto seguido, el numeral 25 ibídem establece que la violación del régimen dicho originará la nulidad absoluta de la oferta, del acto de adjudicación o del contrato en que recaiga y acarreará a la parte infractora las sanciones que prevé la misma ley; lectura que conduce a dos conclusiones, una, que la consecuencia de la infracción dicha es la nulidad absoluta de los actos que beneficien a quien incurrió en la figura; segunda, que la consecuencia dicha no afecta sólo el momento de la oferta, sino que se aplica a todo lo largo del procedimiento de contratación y recae igualmente sobre la adjudicación, como en este caso, o aún si ya se suscribió el contrato.”

Así las cosas, y dado que está Contraloría General tiene por norma no pronunciarse sobre situaciones particulares, le corresponderá a ese Ministerio, valorar, si en el caso concreto por usted expuesto, se cumple lo contemplado en las normativas anteriormente desarrolladas.

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:24004, 28271
G: 2017003020-1

