

Al contestar refiérase
al oficio N° **14772**

28 de noviembre, 2017
DCA-3193

Licenciada
Silvia Navarro Romanini
Secretaria General
Corte Suprema de Justicia
PODER JUDICIAL

Estimada señora:

Asunto: Se emite criterio respecto al régimen de prohibiciones para el caso de alquiler del local para albergar la oficina de Protección a Víctimas de Heredia.

Se da respuesta al oficio No. 11912-17 de fecha 25 de octubre del presente año, por medio del cual se formula consulta relacionada con la aplicación de los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa para el caso concreto de alquiler para local para albergar la oficina de Protección a Víctimas de Heredia.

I. Motivo de la consulta.

Señala que actualmente el Poder Judicial se encuentra tramitando la Licitación Abreviada No. 2017LA-000029-PROV, para arrendar un local para ubicar a la oficina de Protección a Víctimas de Heredia. Al respecto, menciona que únicamente se recibió la oferta de Georgina Barquero Quesada, José Alejandro Araya Vargas, Alejandra Barquero Quesada y William Chang May quienes son los propietarios del inmueble.

Sin embargo, manifiesta que uno de los propietarios del inmueble que pretenden arrendar, específicamente el señor José Alejandro Araya Vargas, actualmente labora con el Poder Judicial como Fiscal Adjunto en la Fiscalía de San Carlos y, al respecto explica que el indicado señor ha manifestado que no tiene ningún interés en la contratación, sino que los únicos beneficiados son su cuñada y concuño.

En razón de lo anterior, consultan a este órgano contralor si existe o no inconveniente en adjudicar la indica contratación a la única oferta recibida.

II. Criterio de la División.

1. Sobre los alcances de nuestro pronunciamiento.

El ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General, se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994 y el Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, Resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

2. Sobre el fondo de lo consultado

Como primer aspecto, tenemos que el régimen de prohibiciones previsto en la Ley de Contratación Administrativa (LCA), propiamente en los artículos 22 y 22 bis limita la participación en los procedimientos de contratación administrativa, con la finalidad de proteger el interés público superior y darle transparencia y eficiencia a tales gestiones para combatir la corrupción.

Ahora bien, específicamente el artículo 22 bis inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa señala:

“Artículo 22 bis.- Alcance de la prohibición. En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta las siguientes personas (...) d) 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. / Se entiende que existe injerencia o poder de decisión, cuando el funcionario respectivo, por la clase de funciones que desempeña o por el rango o 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. / Cuando exista duda de si el puesto desempeñado está afectando por injerencia o poder de decisión, antes de participar en el procedimiento de contratación administrativa, el interesado, hará la consulta a la Contraloría General de la República y le remitirá todas las pruebas y la información del caso, según se disponga en el Reglamento de esta Ley (...)”.

A la vez, el inciso h) del mismo numeral extiende los alcances de la prohibición a:

“(...) 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 tercer grado inclusive.”

De la indicada normativa se desprende que existe una inhibición de participar como oferente, en forma directa o indirecta de los funcionarios públicos con injerencia o poder de decisión en cualquier etapa del proceso de contratación administrativa y sus parientes por consanguinidad o afinidad hasta tercer grado inclusive. Ahora bien, debe entenderse que la injerencia o poder de decisión se da 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 y, ese puesto abarca también a quienes rindan dictámenes o informes técnicos, preparen o tramiten algunas de las fases del procedimiento de contratación, o fiscalicen la fase de ejecución.

Sobre el poder de decisión, este órgano contralor ha dicho:

“(...) Así, no resulta necesario que se tenga la capacidad de participar en la toma de decisiones, basta con que se esté en posibilidad de poder influir en quienes ostentan la competencia para decidir. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto por el propio inciso d) del artículo 22 bis 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. (...)”. (R-DCA-0915-2017 de las trece horas quince minutos del 1 de noviembre de 2017, en igual sentido puede verse el oficio No.15542-2005 (DAGJ-3558) del 24 de noviembre de 2005).

Es decir, el concepto de poder de decisión en materia de contratación administrativa surge como una regulación de índole legal dirigida a evitar en forma eminentemente preventiva que determinados funcionarios que, en razón de la naturaleza de sus cargos y/o de la jerarquía que

ostentan, puedan eventualmente utilizar en forma indebida esa posición pública, todo como una derivación de los principios constitucionales de igualdad y transparencia que presiden esta materia, para evitar cualquier real o potencial conflicto de intereses.

Ahora bien, para el caso bajo análisis, la Administración mediante oficio No. 11912-17 del 25 de octubre del presente año, expone que el señor Araya Vargas no se encuentra afecto al régimen de prohibiciones previsto ya que indica:

“En razón de lo anterior, si bien es cierto el puesto del señor Araya Vargas no se encuentra dentro de la lista que taxativamente indica el artículo 22 bis y no le cubre prohibición, se sugiere a esa Proveeduría en aras de la transparencia y rendición de cuentas que ya sea por parte del oferente o de esa oficina, se realice consulta al Órgano Contralor para que éste se manifieste y aclare si el señor en mención tiene o no la posibilidad de contratar con la Administración. De igual forma considera esta Dirección, que aunque la esposa del señor Araya Vargas y copropietaria del bien inmueble, no está cubierta por lo indicado en el artículo 22 bis inciso h), es dable también realizar la consulta respectiva en referencia a ella.”

Ello implica, que si bien es cierto el Señor Araya Vargas labora en el Poder Judicial, lo cierto es que se desempeña como Fiscal Adjunto en la Fiscalía de San Carlos, lo cual significa que en tesis de principio, no es un funcionario que tenga injerencia o poder de decisión en los procesos de contratación administrativa que tramita la institución. No obstante lo anterior, debe señalarse que es responsabilidad de la Administración hacer las verificaciones correspondientes a fin de determinar los detalles de las funciones que realiza el Señor Araya Vargas de frente al negocio particular que se pretende adjudicar y decidir si le aplica alguna limitación.

Así las cosas, de conformidad con la información aportada deberá ser la propia institución la que haga el análisis correspondiente, de frente a las funciones que realiza el Señor José Alejandro Araya Vargas y determine si existe alguna relación, competencia o poder de decisión en la toma de decisiones de la contratación en cuestión. Al respecto, les recordamos que los funcionarios públicos, deben siempre actuar de conformidad con el principio de probidad establecido en el artículo 3 de la Ley No. 8422 que en lo que interesa dispone:

“El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción de interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustarán a la imparcialidad y

a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficacia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.”

En razón de lo expuesto anteriormente, le corresponde al Poder Judicial realizar los análisis necesarios a fin de arrendar el inmueble para ubicar a la oficina de Protección a Víctimas de Heredia y determinar si le aplica prohibición alguna de conformidad con el régimen de prohibiciones establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento para lo cual deberá solicitarse ante este órgano contralor el levantamiento de prohibición que corresponde.

De esa forma se da por atendida su gestión.

Atentamente,

Natalia López Quirós
Fiscalizadora Asociada

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

NLQ/AUR/apus
Ci Archivo Central
NI: 24390-27173
G: 2017003374-1

