



## **R-DCA-00502-2020**

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las once horas catorce minutos del once de mayo de dos mil veinte. -----

**DILIGENCIAS DE LEVANTAMIENTO DE PROHIBICIÓN** presentadas por **INSTITUTO CARIAY S.A.**, con cédula jurídica número 3-101-214029, representada por **RANDY ANTHONY GORDON CRUICKSHANK**, con cédula de identidad número 1-0862-0651, para que se proceda con el trámite de levantamiento de la prohibición previsto en los artículos 22 bis 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 Administración Pública para la contratación de servicios de capacitación, asesoría legal y asesoría empresarial. -----

### **RESULTANDO**

**I.** Que el veinte de enero del dos mil veinte, la empresa Instituto Cariay S.A., con cédula de jurídica número 3-101-214029, presentó ante la Contraloría General de la República formal solicitud para el levantamiento de la prohibición que establecen los artículos 22 bis y 23 de la Ley de la Contratación Administrativa, para poder participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Administración Pública para la contratación de servicios de capacitación, asesoría legal y asesoría empresarial. -----

**II.** Que mediante oficio No. 01922 (DCA-0451) del diez de febrero del dos mil veinte, esta División le solicitó a la empresa Instituto Cariay S.A., aportar información adicional requerida para continuar con el trámite de su gestión, la cual fue remitida mediante oficio sin número en fecha trece de febrero del dos mil veinte. -----

**III.** Que mediante oficio No. 03130 (DCA-0723) del dos de marzo del dos mil veinte, esta División le solicitó a la empresa Instituto Cariay S.A., aportar información adicional requerida para continuar con el trámite de su gestión, la cual fue remitida mediante oficio sin número en fechas tres de marzo del dos mil veinte. -----

**IV.** Que mediante oficio número 03804 (DCA-0864) del dieciocho de marzo de dos mil veinte, esta División le solicitó a la empresa Instituto Cariay S.A., aportar información adicional requerida para continuar con el trámite de su gestión, la cual fue remitida mediante oficio sin número en fecha veinticuatro de marzo del dos mil veinte. -----

V. Que mediante oficio número 05319 (DCA-1289) del catorce de abril de dos mil veinte, esta División le solicitó a la empresa Instituto Cariay S.A., aportar información adicional requerida para continuar con el trámite de su gestión, la cual fue remitida mediante oficio sin número en fecha dieciocho de abril del dos mil veinte. -----

VI. 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 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 para participar 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. Concretamente, el artículo 22 bis contempla en forma taxativa los supuestos en los cuales aplica la prohibición, y en particular el inciso a) de dicho artículo disponen que están inhibidos de participar, directa o indirectamente, como oferentes en los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esa ley, las siguientes personas: *“a) El presidente y los vicepresidentes de la República, los ministro y los viceministros, los diputados de la Asamblea Legislativa, los magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia y los del Tribunal Supremo de Elecciones, el contralor y el subcontralor generales de la República, el procurador general y el procurador general adjunto de la República, el defensor y el defensor adjunto de los habitantes, el tesorero y el subtesorero nacionales, así como el proveedor y el subproveedor nacionales. En los casos de puestos de elección popular, la prohibición comenzará a surtir efecto desde que el Tribunal Supremo de Elecciones declare oficialmente el resultado de las elecciones (...)*”. Además, los incisos h) e i) del mismo artículo establecen la prohibición para: *“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 ejercen algún puesto de dirección o representación.*” Por otra parte, el artículo 23 de la citada ley 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./ c) Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación.*” Así entonces, conforme la normativa vigente, procede verificar si en el caso de la empresa Instituto Cariay S.A. existe la posibilidad de proceder al levantamiento de prohibición para que participe en las contrataciones que promueva la Administración Pública para la contratación de servicios de capacitación, asesoría legal y asesoría empresarial. -----

**II. Hechos probados:** De la información aportada durante el trámite, se tienen por acreditados los siguientes hechos probados: **1)** Que mediante resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 1230-E11-2018 del día veintisiete de febrero del dos mil dieciocho, el señor Eduardo Newton Cruickshank Smith, portador de la cédula de identidad 7-0065-0050, fue electo Diputado de la Asamblea Legislativa cuya designación empezó a regir a partir del primero de mayo del dos mil dieciocho hasta el treinta de abril del dos mil veintidós (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 3, en donde se visualiza la copia certificada (No. 01) por parte de la Notaría Pública Stefany Borey Bryan que corresponde a la Certificación No. AL-129-2018 de fecha 19 de abril de 2018). **2)** Que la señora Pearl Maud Cruickshank Smith, quien portó la cédula número 7-0052-1107, conocida como Perla Cruickshank Smith y de nacionalidad costarricense, fue hija de Elisah Cruickshank e Irene Smith Smith, ambos de nacionalidad jamaicana (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 16, en donde se visualiza la copia certificada (No. 14) por parte de la Notaría Pública Stefany Borey Bryan que corresponde a la

Certificación emitida por el Registro Civil Sección de Nacimientos de la Provincia de Limón el ocho de junio de dos mil dieciocho). **3)** Que el señor Randy Anthony Gordon Cruickshank, portador de la cédula número 1-0862-0651 es hijo del señor Enos Gordon Daukins y la señora Dorothy Cruickshank Smith (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 17, en donde se visualiza la copia certificada (No. 15) por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan que corresponde a la Certificación emitida por el Registro Civil Sección de Nacimientos de la Provincia de San José el diecisiete de mayo de dos mil dieciocho). **4)** Que la señora Dorothy Jene Cruickshank Smith, portadora de la cédula número 7-0039-0137, es hija de la señora Perla Cruickshank Smith (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 18, en donde se visualiza la copia certificada (No. 16) por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan que corresponde a la Certificación emitida por el Registro Civil Sección de Nacimientos de la Provincia de Limón el diecisiete de mayo de dos mil dieciocho). **5)** Que el señor Eduardo Newton Cruickshank Smith, portador de la cédula número 7-0065-0050, es hijo de la señora Pearl Maud Cruickshank Smith (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 19, en donde se visualiza la copia certificada (No. 17) por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan que corresponde a la Certificación emitida por el Registro Civil Sección de Nacimientos de la Provincia de Limón el diecisiete de mayo de dos mil dieciocho). **6)** Que la empresa Instituto Cariay S.A. es representada por el señor Randy Anthony Gordon Cruickshank, en calidad de Presidente con Facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma desde la fecha del veintiuno de marzo de dos mil catorce (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 21, en donde se visualiza la Certificación Notarial No. Dos-Dos Mil Veinte emitida por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan el catorce de enero de dos mil veinte y folio 24, archivo denominado “NI 10672-2020 ADJUNTO 2.pdf”, en donde se visualiza la Certificación RNPDIGITAL-787086-2020 para la cédula jurídica 3-101-572503 Instituto Cariay S.A. de

fecha dieciocho de abril de dos mil veinte). **7)** Que el capital accionario de la empresa Instituto Cariay S.A. lo constituye la suma de diez mil colones representado por diez acciones comunes y nominativas de mil colones cada una, que le pertenecen en su totalidad a la empresa Servicios Piñar S.A., cédula jurídica 3-101-214029 (según consta a folio 2 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 1279-2020 ADJUNTO.pdf”, página 21, en donde se visualiza la Certificación Notarial No. Dos-Dos Mil Veinte emitida por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan el catorce de enero de dos mil veinte). **8)** Que el capital accionario de la empresa Servicios Piñar S.A. lo constituye la suma de siete millones de colones representado por diez acciones comunes y nominativas de setecientos mil colones cada una, que le pertenecen en su totalidad al señor Randy Anthony Gordon Cruickshank (según consta a folio 5 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 3983-2020 ADJUNTO.pdf”, página 2, en donde se visualiza la Certificación Notarial No. Seis-Dos Mil Veinte emitida por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan el doce de febrero de dos mil veinte). **9)** Que mediante Orden de Compra No. SP-COT-26 de fecha del primero de julio de dos mil quince, la empresa Servicios Piñar S.A. contrató al Instituto Cariay S.A. los servicios de: **a)** capacitación en temas de gestión de desecho y disposición ambiental, salud ocupacional, elaboración de cronogramas y servicio al cliente; **b)** capacitación a trabajadores como capataz, director de proyecto y operadores (según consta a folio 25 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “NI 10672-2020 ADJUNTO 1.pdf”, en donde se visualiza la citada Orden de Compra Certificada Notarial por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan el diecisiete de abril de dos mil veinte) ----

**III. Sobre el caso en particular: a) Sobre la prohibición que afecta al señor Eduardo Newton Cruickshank Smith en virtud del cargo desempeñado.** Como bien se señaló en el apartado I de la presente resolución, la Ley de Contratación Administrativa (LCA) regula expresamente el régimen conforme al cual se restringe la libertad de contratación de ciertos sujetos privados que tengan interés en participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a dicha Ley. En ese sentido, dicha limitación le cubre de forma parcial o absoluta a los sujetos que se definen en

el artículo 22 bis de la citada Ley, en la medida que la naturaleza del cargo de ciertos servidores públicos les inhibe de participar en procedimientos de contratación administrativa. En el caso bajo análisis, se tiene por acreditado que el señor Eduardo Newton Cruickshank Smith, cédula de identidad número 7-0065-0050, fue nombrado Diputado de la Asamblea Legislativa, según resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 1230-E11-2018 del día veintisiete de febrero del dos mil dieciocho, por el período comprendido a partir del primero de mayo del dos mil dieciocho al treinta de abril del dos mil veintidós (hecho probado 1), declaratoria publicada en el Diario Oficial La Gaceta, edición 44 del ocho de marzo del dos mil dieciocho, con lo cual se configura la prohibición que establece el artículo 22 bis, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa. De forma que, este órgano contralor estima que para el caso concreto el señor Eduardo Cruickshank Smith se encuentra cubierto por la causal de prohibición referida en el inciso a), lo cual implica analizar de seguido, la situación en que se encuentra su pariente Randy Anthony Gordon Smith. **b) Sobre la prohibición que afecta al señor Randy Anthony Gordon Smith en razón del parentesco.** Sobre el particular, conviene retomar las disposiciones del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, por cuanto la prohibición que cubre a los funcionarios públicos se comunica a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive al tenor de lo que dispone el inciso h) del numeral 22 bis. En el caso bajo análisis se tiene por acreditado que la señora Pearl Maud Cruickshank Smith, quien portó la cédula número 7-0052-1107, conocida como Perla Cruickshank Smith fue la progenitora de la señora Dorothy Jene Cruickshank Smith y del señor Eduardo Newton Cruickshank Smith (hechos probados 2, 4 y 5); mientras que el señor Randy Anthony Gordon Cruickshank, portador de la cédula número 1-0862-0651 es hijo del señor Enos Gordon Daukins y la señora Dorothy Cruickshank Smith (hecho probado 3). Considerando que el señor Randy Anthony Gordon Cruickshank es sobrino del Diputado Eduardo Newton Cruickshank Smith, se tiene por demostrado que poseen un vínculo por consanguinidad hasta el tercer grado, escenario que ha sido restringido por la normativa para contratar con la Administración Pública. Así las cosas, debe tomarse en cuenta que la relación de consanguinidad establecida entre el señor Randy Gordon Cruickshank y el señor Eduardo Cruickshank Smith se encuentra cubierto por el régimen de



prohibiciones para contratar con la Administración Pública por disposición del artículo 22 bis incisos h) en relación con el inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa. **c) Sobre la prohibición que afecta a la empresa Instituto Cariay S.A.** En la misma línea que se ha venido indicando en párrafos anteriores, una vez establecido el vínculo de parentesco que establece el inciso h) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, corresponde observar además si en el caso la prohibición, se extiende a las personas jurídicas en las cuales el cónyuge, el compañero, la compañera o los parientes indicados, ya sea porque son titulares de más de un veinticinco por ciento (25%) del capital social o ejerzan algún puesto de dirección o representación al tenor de la causal regulada en el inciso i) siguiente. En el caso bajo análisis se tiene por acreditado mediante certificación notarial No. Dos-Dos Mil Veinte emitida por parte de la Notaria Pública Stefany Borey Bryan del catorce de enero de dos mil veinte, que la empresa Instituto Cariay S.A. es representada por el señor Randy Anthony Gordon Cruickshank, en calidad de Presidente con Facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma desde la fecha del veintiuno de marzo de dos mil catorce (hecho probado 6). Es por ello que, la prohibición que origina el señor diputado Eduardo Cruickshank Smith se transmite al señor Gordon Cruickshank al tenor de lo dispuesto en la causal del inciso h), quien a su vez transfiere la prohibición a la persona jurídica Instituto Cariay S.A. en virtud de la doble condición que ostenta actualmente dentro de la empresa, esto es, como directivo (Presidente) y como representante legal con poder generalísimo sin límite de suma de dicha sociedad. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 bis inciso i) de la LCA que dispone que no pueden presentar oferta dentro de los procedimientos de contratación administrativa: *“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.”* De esta manera, se concluye que a la empresa Instituto Cariay S.A. en efecto le aplica la prohibición para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a la citada ley, ello en aplicación del inciso i) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. Además, dicha situación es precisamente expuesta por el señor Randy Gordon Cruickshank en su oficio sin número

fechado treinta y uno de octubre del dos mil diecinueve, al manifestar en condición de representante lo siguiente: “Con fundamento en los artículos 22, 22 bis inciso (sic) i y h, 23, dado que conforme el artículo 22 bis al ser nombrado el señor Eduardo Cruickshank Smith como Diputado de la República en la fecha indicada supra, y al tener él la condición de Tío según se demuestra en los documentos adjuntos, nace a la vida jurídica la prohibición de participar como oferente en Licitaciones del sector público de manera directa como indirecta, artículo 22 bis inciso a de la Ley de Contratación Administrativa, dado que conforme al mismo numeral inciso h), según el cual la prohibición alcanza a los parientes por consanguinidad y afinidad hasta tercer grado inclusive del Diputado Eduardo Cruickshank, y en virtud que tengo la condición de sobrino, y además conforme al inciso i) soy propietario del 100% de las acciones de la empresa Servicio Piñar, y también ostento un cargo de dirección en dicha empresa, conforme al inciso h, se configura las causales que dan pie a la prohibición para ofertar (...)”, con lo que se tiene que se configura también la prohibición para la persona jurídica. Este escenario fáctico es precisamente el que motiva la solicitud de levantamiento aquí en cuestión (según consta a folio 1 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE PROHIBICION PARA QUE LA EMPRESA INSTITUTO CARIAY S.A. PUEDA CONTRATAR CON EL ESTADO”, página 2). No obstante lo anterior, conviene resaltar que mediante escrito de fecha dieciséis de abril del año en curso, el representante de la gestionante rectificó su posición al indicar que en el caso no aplica prohibición alguna por las siguientes razones: “1. Mediante resolución número R-DCA-0642-2018, página 9, la Contraloría había determinado lo siguiente: (...) a) de la Ley de Contratación Administrativa y por ende se procede **el levantamiento de la prohibición para contratar con todo el sector Público que pesa sobre el señor Randy Gordon Cruickshank.** 2. Que según consta en personería de Instituto Cariay, la vigencia del poder como representante legal del suscrito **inició a partir del 21/03/2014**, por lo que el nombramiento como presidente de la empresa Instituto Cariay, fue más de un año antes del nombramiento del señor Eduardo Cruickshank Smith. (artículo 23 inciso b). 3. Consta en el expediente que las acciones de Instituto Cariay, no son propiedad del suscrito, razón por la cual no cubre la prohibición ni al suscrito ni al Instituto Cariay. Las



acciones de la empresa Instituto Cariay, tal y como consta en personería de acciones que rola en el expediente son propiedad en su totalidad de la empresa Servicios Piñar, misma a la que ya le había sido levantada la prohibición mediante resolución número R-DCA-1191-2019, por este mismo departamento” (el resaltado es del original, según consta a folio 22 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “INFORMACION EN ATENCION AL OFICIO N° 05319 (DCA-128-2020), INFORMACION ADICIONAL A FIN DE CONTINUAR EL TRAMITE DE LEVANTAMIENTO DE PROHIBICION PRESENTADO POR LA EMPRESA INSTITUTO CARIAY S.A. PARA PARTICIPAR COMO OFERENTE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA QUE PROMUEVA LA ADMINISTRACION PUBLICA PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS DE CAPACITACION EN GENERAL, ASESORIA Y ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PROVINCIA DE LIMON”, página 1). Vistas las manifestaciones del interesado, este órgano contralor estima oportuno realizar las siguientes precisiones, atendiendo al orden en que el gestionante las ha referido para una mejor comprensión. A) Sobre los efectos del levantamiento de prohibición resuelto mediante resolución R-DCA-0642-2018: Ciertamente este órgano contralor ya ha tenido en conocimiento una serie de solicitudes de levantamiento de prohibición que le afectan al señor Randy Anthony Gordon Cruickshank según el cargo que ostenta su tío y el grado de parentesco ya establecido del Diputado Eduardo Cruickshank Smith. Tal es el caso de la resolución R-DCA-0642-2018 de las once horas veintiséis minutos del tres de julio del dos mil dieciocho, antecedente en el cual se analizó la prohibición que pesaba sobre el señor Gordon Cruickshank en su condición personal, como abogado y notario, sobre lo cual este órgano contralor dispuso: “**AUTORIZAR** el levantamiento de la prohibición que afecta al señor **RANDY GORDON CRUICKSHANK**, con cédula de identidad 1-0862-0651, para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Administración Pública para la contratación de servicios de abogacía o notariado”. Sobre el particular, conviene recordar que el fin del régimen de prohibiciones no es otro que evitar el potencial favorecimiento indebido que podría generar precisamente las relaciones de parentesco previstas por el legislador. Así entonces, ciertamente el artículo 22 Bis de la Ley de Contratación recoge una serie de supuestos en los

que podrían originarse incompatibilidades para contratar con la administración pública, que no son absolutas en todos los casos. Lo anterior, por cuanto el artículo 23 de ese mismo cuerpo normativo establece la posibilidad de levantar la prohibición concretamente en los supuestos derivados de los incisos h) e i) siempre y cuando se acrediten ciertas condiciones: *“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. c) Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación. Mediante el trámite que se indicará reglamentariamente, la Contraloría General de la República acordará levantar la incompatibilidad”*. A partir de lo anterior, corresponde realizar un ejercicio casuístico para determinar en cada caso, si se tiene por configurada la prohibición y si se dan las condiciones que el legislador previó para levantar la incompatibilidad. Al respecto conviene observar que el primer inciso establece un primer parámetro objetivo, cual es el ejercicio de la actividad en un plazo razonable antes del nombramiento que origina la actividad, lo cual amerita valorar en cada caso específico cual es el nicho de mercado al que se dedica en concreto el oferente y la prueba que aporte conforme a la normativa para tener por demostrado el requisito. En segundo orden y no excluyente, se impone un requisito adicional cual es la verificación del nombramiento de personeros y directivos para el caso de una persona jurídica que se encuentra afecta por una prohibición, con lo cual se les impone demostrar que el nombramiento de dicho representante se realizó en forma previa al nombramiento de funcionario que origine la prohibición. Finalmente, en aquellos escenarios en que haya cesado la participación ya sea como accionista o como directivo, entra a aplicar el requisito señalado en el inciso c). Ahora bien, como ya se ha reiterado, este análisis de las posibles causales y los elementos a considerar para levantar eventualmente la incompatibilidad deben efectuarse en cada caso en donde deberá privar lo dispuesto por la norma, cuyos supuestos implican necesariamente valorar no sólo el perfil de quién pretende contratar sino además, el objeto o tipo de actividad comercial que se pretende

contratar. Bajo toda esta lógica jurídica, no resulta factible considerar que los efectos de la resolución R-DCA-0642-2018 le benefician en este caso al señor Randy Gordon, en la medida que en esa oportunidad se consideró la prohibición que recae en su condición individual solamente, escenario que no es idéntico al caso presente, en donde ha solicitado el levantamiento en nombre y representación de una persona jurídica. B) Sobre la fecha de nombramiento del señor Randy Gordon Cruickshank como directivo de Instituto Cariay S.A.: De conformidad con lo indicado en el inciso b) del numeral 23 de la Ley de Contratación Administrativa, que indica podrá levantarse la prohibición para contratar, tratándose de puestos de dirección o representación, se demuestre que el cargo se ocupa desde un año antes del nombramiento del funcionario que origina la prohibición. Sobre el particular, se tiene por acreditado que el señor Randy Gordon como ocupa el cargo como Presidente de la Junta Directiva con facultades de apoderado generalísimo de la empresa solicitante desde el año dos mil catorce (hecho probado 6), es decir, más de un año antes de que el señor Eduardo Cruickshank fuera designado como Diputado de la Asamblea Legislativa. Sin embargo, conviene indicar que a la hora de considerar si en el caso es factible levantar la incompatibilidad aquí acreditada, no resulta suficiente acreditar la fecha del nombramiento de directivos según lo establece el inciso b), sino que en primer orden corresponde acreditar el ejercicio de la actividad que se pretende contratar en los términos que lo regula el inciso a) del referido artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa. C) Sobre los efectos del levantamiento de prohibición resuelto mediante resolución R-DCA-1191-2019: se ha referenciado que esta División ha conocido casos recientes para levantar la prohibición que origina el cargo público del señor Eduardo Cruickshank y que se le transmite inevitablemente a su sobrino, con lo cual se extrae también el caso de la resolución R-DCA-1191-2019, en cuyo caso se acreditó que el capital social de la empresa Servicios Piñar S.A. pertenecía en su totalidad al señor Randy Gordon Cruickshank, con lo cual se confirmó en el caso que se configuraba la prohibición establecida en los incisos h) e i) en relación con a), tal cual sucede en el caso de marras, con lo cual este órgano contralor determinó para esta persona jurídica y de frente a la actividad específica: *“LEVANTAR la prohibición que afecta a la empresa SERVICIOS PIÑAR SOCIEDAD ANONIMA, con cédula de jurídica número 3-101-214029,*

*para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Administración Pública para la contratación de los servicios de mantenimiento de áreas verdes, construcción y remodelación de edificaciones*". Tal cual se indicó en líneas anteriores, no podría interpretarse que los efectos de la presente resolución le benefician en este caso al Instituto Cariay S.A., por cuanto el objeto que en dicho momento se estudió no es el mismo que en este caso pretende contratar el Instituto Cariay S.A., con lo cual aún si fuera el mismo habría que dimensionar a partir de qué fecha comenzó a realizarla, los elementos de prueba pertinentes a través de los cuales demuestre haber ejercido la actividad, y todas las circunstancias particulares que rodean a cada caso, como la fecha de los nombramientos directivos en caso de haberlos. De allí que el levantamiento de prohibición que ocurrió con Servicios Piñar S.A. no implica que en el caso bajo análisis se autorice en forma automática el levantamiento de la prohibición que recae sobre el Instituto Cariay S.A. Como un último punto, conviene indicar que si bien en la actualidad la propietaria del capital accionario de Instituto Cariay S.A. lo es Servicios Piñar S.A., cuyo capital y representación aún permanece sobre el señor Randy Gordon Cruickshank (hecho probado 8), dicha propiedad no genera la secuencia de prohibición que en el presente caso se ha desarrollado, esto es de Eduardo Cruickshank Smith a su sobrino Randy Gordon, y este último a la empresa Instituto Cariay S.A. Lo anterior, por cuanto ya ésta Contraloría General ha indicado que: *"el supuesto de prohibición para que exista, debe encontrarse sujeto a una condición en la cual, alguno de los parientes del funcionario que genera la prohibición, posea más de un 25% del capital social de una sociedad interesada en participar en un proceso de compra, condición esta que genera el traslado de esa prohibición a la persona jurídica, pero véase que el supuesto no comprende los casos en que una segunda persona jurídica sea propietaria de capital accionario de la primera, y cuyas acciones pertenezcan en más de ese porcentaje a un representante de esta última, sea en otras palabras, que la prohibición que pueda tener esa segunda persona jurídica, se la traslade a la primera, por virtud del vínculo de parentesco de quien posee el capital accionario con respecto al funcionario público que la genera"*, lo anterior sin perjuicio de que se utilice la estructura para intentar eludir una prohibición, lo cual amerita también un examen casuístico (ver resoluciones R-DCA-0875-2019 de las catorce horas un minuto del

seis de setiembre de dos mil diecinueve y R-DCA-0946-2019 de las a las catorce horas veintitrés minutos del veintitrés de setiembre de dos mil diecinueve). En el caso concreto, no se observa esta práctica de elusión para que se configure el supuesto de la prohibición en forma indirecta, en la medida que la empresa accionista Servicios Piñar S.A. y en este caso el Instituto Cariay S.A., han optado por solicitar el levantamiento de prohibición que corresponde.. **d) Sobre el levantamiento de la prohibición que afecta a la empresa Instituto Cariay S.A.:** según fue analizado en párrafos anteriores, de conformidad con el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa, la prohibición establecida en el inciso i) del artículo 22 bis podrá levantarse cuando se acrediten los siguientes supuestos: *“a) 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; c) Cuando hayan transcurrido al menos seis meses desde que la participación social del pariente afectado fue cedida o traspasada, o de que este renunció al puesto o cargo de representación (...)*”. Así las cosas, se tiene que en el tanto se logre acreditar ante este órgano contralor el cumplimiento de los supuestos antes descritos, podrá autorizarse el levantamiento de la prohibición que afecta a esa sociedad. En el caso de análisis, el Instituto Cariay S. A. solicita el levantamiento de la prohibición siendo que a su criterio ha ejercido la actividad comercial con más de cinco años antes del nombramiento del señor Eduardo Cruickshank como Diputado de la Asamblea Legislativa. Es importante resaltar que para el cálculo del año de ejercicio de la actividad que requiere el inciso a) del artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa se debe considerar que el nombramiento del señor Eduardo Cruickshank como Diputado de la Asamblea Legislativa fue a partir del pasado ocho de marzo del dos mil dieciocho según consta en la publicación realizada por el Tribunal Supremo de Elecciones en el Diario Oficial La Gaceta de la resolución No. 1230-E11-18 del Tribunal Supremo de Elecciones, de las once horas del veintisiete de febrero del dos mil dieciocho, que declaró constitucionalmente electos Diputados a la Asamblea Legislativa para el período constitucional comprendido entre el primero de mayo del dos mil dieciocho y el treinta de abril del dos mil veintidós (hecho

probado 1). Lo anterior, según ha sido indicado por este órgano contralor en las resoluciones R-DCA-0642-2018 del tres de julio del dos mil dieciocho y R-DCA-1191-2019 ya citada. De esa forma, el cómputo del año previsto por artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa iniciaría el ocho de marzo del dos mil diecisiete, por lo que corresponde verificar si la empresa Instituto Cariay S. A. ha ejercido su giro comercial antes de esa fecha. Según lo ha destacado, la empresa se dedica a prestar servicios de capacitación, asesoría legal y asesoría empresarial. Al respecto es importante traer a colación, lo indicado en el artículo 23 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que establece: “*Artículo 23.-Trámite para el levantamiento. Los interesados deberán dirigir una petición fundamentada, aportando los elementos probatorios, que demuestren tal circunstancia, tales como constancias del Registro Civil sobre los vínculos de parentesco o afinidad; certificaciones de colegios profesionales; copias de contratos anteriores; facturas; órdenes de compra y similares”.* En relación con lo anterior, la empresa gestionante aportó inicialmente con su solicitud una serie de referencias de contratos y servicios ejecutados, que no corresponden a los medios de prueba idóneos que el reglamentista definió, siendo éstos contratos, facturas y órdenes de compra preferiblemente. Es por ello que cualquier otro similar como bien podrían ser las cartas, a criterio de este órgano contralor se admitirían únicamente en forma residual, en caso de que el oferente demuestre una imposibilidad justificada de presentar los elementos que la norma impone. Es por ello que este órgano contralor requirió tales elementos de prueba a la empresa, sobre lo cual se analiza de seguido las explicaciones vertidas. Mediante oficio sin número de fecha dieciséis de abril de dos mil veinte, el Instituto manifestó que: “*En cuanto a los formularios que antes se manejaban en el Instituto impresos con pagos, no se tienen a mano de esa fecha, más cuando se dio la transición a factura electrónica los mismos fueron destruidos, todo según la información que me indicaron las personas responsables de dichos procesos*” según consta a folio 22 del expediente electrónico del levantamiento No. CGR-LVPH-2020001317, archivo denominado “INFORMACION EN ATENCION AL OFICIO N° 05319 (DCA-128-2020), INFORMACION ADICIONAL A FIN DE CONTINUAR EL TRAMITE DE LEVANTAMIENTO DE PROHIBICION PRESENTADO POR LA EMPRESA INSTITUTO CARIAY S.A. PARA PARTICIPAR COMO



OFERENTE EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA QUE PROMUEVA LA ADMINISTRACION PUBLICA PARA LA CONTRATACION DE SERVICIOS DE CAPACITACION EN GENERAL, ASESORIA Y ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LA PROVINCIA DE LIMON”, página 1). Al respecto, este órgano contralor considera que la justificación brindada por la empresa gestionante es insuficiente por cuanto, la empresa no ha demostrado conforme a la técnica y las normas contables que rigen, que dicha transición en efecto no ameritaba conservar un respaldo de la información que pasó a ser electrónica, y aún en el escenario en que esto fuera factible, la destrucción de los respaldos, las razones que le impedían aportar al trámite las facturas ya digitalizadas. En consecuencia, no se han brindado al trámite, las razones por las cuáles le era imposible presentar elementos objetivos de prueba en los términos que lo señala la normativa de cita. Así las cosas, se procederá a analizar los únicos elementos que se presentaron conforme a lo requerido para el presente trámite. A) Copia certificada del "Convenio de Uso de Instalaciones y prestación de servicios de capacitación, formación y asesoría empresarial" suscrito entre la empresa y la Asociación Cámara de Comercio Industria y Turismo de Limón: Si bien la empresa aportó al trámite copia del referido contrato, al verificar su objeto, el instrumento fue suscrito para *“hacer reuniones, charlas, seminarios y sus propias capacitaciones. Así mismo, el Instituto podrá vender los servicios de Asesoría, formación y Capacitación Empresarial a la Cámara previa negociación del precio, de capacitación, formación y asesoría empresarial”*, el convenio regula una forma de cooperación a futuro, sin que por ello pueda entenderse que este esquema de colaboración entre las partes implique que en efecto se prestaron los servicios de capacitación y asesoría. Tanto es así, que del documento no se desprenden condiciones tales como precio y plazo de ejecución para entender que entre las suscribientes medió alguna prestación adicional que permita entender que la empresa brindó el servicio. Por esta razón, dicho elemento no es de recibo como prueba para ninguna de las actividades destacadas. B) Copia certificada del "Contrato de Prestación de Servicios" suscrito entre la empresa y el CIDEP: En la misma línea del convenio anterior, el presente instrumento guarda relación con la posibilidad de *“participar en ejecutar así proyectos de corte privado en donde exista la posibilidad de participar y lograr alguna rentabilidad, en Pococí, Guácimo, Siquirres, Malina,*

*Limón y Talamanca/ el cual habilita a las dos a utilizar la infraestructura con la que cuenta la otra disponer de los recursos humanos, tecnológicos de ambas para aumentar la capacidad productiva, llevar a cabo proyectos de ejecución".* Dicho documento posee el mismo defecto del anterior, en el sentido de que su contenido únicamente refleja una forma de asociación para efectuar actividades conjuntas, sin que por ello se entienda que en efecto se ha materializado el servicio o servicios a través de un contrato formal. Si bien de dicho instrumento se desprende que *"al momento de la firma de este convenio tienen en ejecución conjunta el proyecto de Inglés conversacional para colaboradores de empresas y cursos técnicos asistente de farmacia. Asesoría Empresarial y Capacitación a Grupo de empresas formadas por la Cámara de Comercio Industria y Turismo de Limón"*, no se aportaron al trámite elementos de prueba idóneos y objetivos que permitieran acreditar el contrato que se refiere en capacitación de inglés. Por lo tanto, este elemento tampoco resulta válido en el presente trámite. C) Orden de Compra No. SP-COT-26: Por último, entre los elementos hallados conformes a la norma, se destaca la referida orden de compra de fecha del primero de julio de dos mil quince, en donde consta que la empresa Servicios Piñar S.A. contrató al Instituto Cariay S.A. los servicios de: **a)** capacitación en temas de gestión de desecho y disposición ambiental, salud ocupacional, elaboración de cronogramas y servicio al cliente; **b)** capacitación a trabajadores como capataz, director de proyecto y operadores (hecho probado 9). Del documento no sólo se asimila su naturaleza a lo exigido en los medios de prueba regulados por el reglamentista, sino que además permite acreditar que el Instituto Cariay S.A. brindó servicios de capacitación y en un plazo que excede además el mínimo del año a partir de la comunicación del nombramiento del funcionario Eduardo Cruickshank Smith. No obstante, esta orden de compra solamente permite acreditar la prestación de servicios de capacitación, con lo cual únicamente esta actividad sería objeto de levantamiento en complemento de lo que se indicará de seguido. Por ende, en consideración de que se logró acreditar que la empresa gestionante cumple con el supuesto previsto en el inciso a) del artículo 23 precitado, se procede a levantar la prohibición a la empresa gestionante para contratar con Administración Pública, exclusivamente para el caso de los **servicios de capacitación** por cuanto los servicios de asesoría legal y asesoría empresarial no superaron

el requisito indicado en el inciso a). **e) Sobre los efectos a futuro del levantamiento a la empresa Instituto Cariay S.A.:** Se advierte que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el levantamiento de prohibición otorgado únicamente puede surtir efecto a partir de la hora y fecha de la presente resolución, por lo que no puede interpretarse, de ninguna forma, que este órgano contralor esté avalando la posibilidad de participar en procedimientos de contratación administrativa anteriores a esta fecha. **f) Sobre el deber de probidad del señor Eduardo Cruickshank Smith:** sin detrimento de lo expuesto, se advierte al señor Eduardo Cruickshank Smith, que deberá observar el deber de probidad regulado en los artículos 3 y 4 de la Ley N° 8422 denominada “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”, que disponen lo siguiente: *“Artículo 3º—Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del 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 ajustan 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 eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente./ Artículo 4º—Violación al deber de probidad. Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que procedan, la infracción del deber de probidad, debidamente comprobada y previa defensa, constituirá justa causa para la separación del cargo público sin responsabilidad patronal.”* -----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo que disponen los artículos 22 bis, incisos h) e i) de la Ley de Contratación Administrativa, y 22 y 23 de su Reglamento, se resuelve: **1) LEVANTAR** la prohibición que afecta a **INSTITUTO CARIAY S.A.**, con cédula jurídica número 3-101-214029, representada por **RANDY ANTHONY GORDON CRUICKSHANK**, con cédula de identidad número 1-0862-0651, para participar como oferente en los procedimientos de contratación

administrativa que promueva la Administración Pública para la contratación de servicios de capacitación. **2)** De conformidad con el artículo 24 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se advierte que este levantamiento de prohibición surte efecto a partir de la hora y fecha de la presente resolución y hasta que se mantengan los supuestos de hecho y de derecho que fueron analizados en esta oportunidad. **3) DENEGAR** la prohibición que afecta a que afecta a **INSTITUTO CARIAY S.A.**, con cédula jurídica número 3-101-214029, representada por **RANDY ANTHONY GORDON CRUICKSHANK**, con cédula de identidad número 1-0862-0651, para participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva la Administración Pública para la contratación de servicios de asesoría legal y asesoría empresarial. Se advierte que de conformidad con el artículo 24 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el interesado podrá presentar una nueva gestión exponiendo de forma fundamentada las razones por las cuales considera que sí procede el levantamiento, y para lo cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa. -----  
**NOTIFÍQUESE.** -----

Allan Ugalde Rojas  
**Gerente de División**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Marcia Madrigal Quesada  
**Fiscalizadora**

MMQ/chc  
NI: 1279, 3983, 4059, 6363, 8466, 10672  
NN: 7072 (DCA-1702-2020)  
G: 2020001008-1  
CGR-LVPH-2020001317

