



R-DCA-00439-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas nueve minutos del veintiuno de abril de dos mil veintiuno.-----

DILIGENCIAS DE LEVANTAMIENTO DE PROHIBICIÓN presentadas por el señor Luis Diego Vargas Ávila, con cédula de identidad 1-1461-0170, en su condición de representante legal de la **ASOCIACIÓN DEPORTIVA DE NATACIÓN DE SANTA ANA**, cédula jurídica 3-002-471-387, 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 dicha Asociación pueda participar como oferente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva el Comité Cantonal de Deportes y Recreación Santa Ana. -----

RESULTANDO

I. Que el diecinueve de marzo de dos mil veintiuno, la Asociación Deportiva de Natación de Santa Ana, presentó ante esta Contraloría General de la República solicitud para el levantamiento de la prohibición que establecen los artículos 22 bis y 23 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) para poder participar válidamente en los procedimientos de contratación administrativa que promueva el Comité Cantonal de Deportes y Recreación Santa Ana. -----

II. Que mediante oficio No. 04403 (DCA-1215) del veintitrés de marzo de dos mil veintiuno esta Contraloría General solicitó a la Asociación Deportiva de Natación de Santa Ana aportar la solicitud firmada y señalar medio para recibir notificaciones, lo cual fue remitido el veinticuatro de marzo de dos mil veintiuno.-----

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

CONSIDERANDO

I. **Sobre el régimen de prohibiciones en general.** Los artículos 22 y 22 bis de la LCA 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 d) de la LCA 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, el inciso g) de este artículo extiende esa prohibición a las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales las personas sujetas a prohibición figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con capacidad de decisión. En concordancia con lo dispuesto en la citada ley, el artículo 22 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) 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.”* -----

II. Hechos probados: De la información aportada por la gestionante, se desprenden los siguientes hechos probados: **1)** Que el señor Gerardo Alberto Anchía Azofeifa, cédula de identidad 1-0551-0519 ostenta el cargo de Vicepresidente de la Asociación Deportiva de Natación de Santa Ana. (Ver certificación literal del Registro Nacional No. 6461097-2021 que consta a folio No. 3 del expediente electrónico CGR-LVPH-2021002382). **2)** Que el señor Anchía Azofeifa fue electo por las asociaciones deportivas del cantón de Santa Ana como representante en la junta directiva del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana, en el puesto de vocal. (Ver oficio No. CCDRSA – ADMINI 173-2019 del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana).-----

III. Sobre el caso en particular. En el caso bajo análisis se tiene por acreditado que el señor Anchía Azofeifa ocupa el cargo de Vicepresidente de la Asociación Deportiva de Natación de Santa Ana (ver hecho probado No. 1), y que además ostenta el cargo de vocal de la junta directiva del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana (hecho probado No. 2). Así las cosas, resulta necesario determinar en primera instancia, si al señor Anchía Azofeifa en calidad de vocal del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana, le cubre o no la prohibición para participar como oferente, según lo establecido en el artículo 22 bis de la LCA.

Al respecto, se debe tener presente que esta Contraloría General se ha referido a los alcances de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 22 bis de la LCA, a efectos de poder tener por configurada la injerencia a que se refiere dicho inciso, señalando que no resulta necesario que se tenga la capacidad de imponer las decisiones, bastando con que se esté en posibilidad de poder influir en quienes ostentan la competencia para decidir. Así, en la resolución No. R-DCA-0915-2017 de las trece horas quince minutos del primero de noviembre de dos mil diecisiete se señaló: *“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. Así, el síndico forma parte del Concejo de Distrito, y es quien representa al distrito en la Municipalidad respectiva, por lo si bien no ostenta poder de decisión por cuando no tiene derecho al voto, sí cuenta con voz, por lo que ello per se le permite configurar el supuesto de ser capaz de influir en las decisiones que finalmente adopte el Consejo Municipal en materia de contratación administrativa, ello en cualquier etapa del procedimiento de contratación administrativa, incluso en su fiscalización posterior, en la etapa de ejecución o de construcción”*. Es importante recalcar que la prohibición derivada de los incisos d) y g) del artículo 22 bis de la LCA, no es susceptible de ser levantada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de dicha norma legal ya que los únicos incisos que podrían eventualmente levantarse son el h) y el i). Ahora, si bien podría entenderse que el cargo de vocal en la junta directiva del Comité Regional de Deporte y Recreación de Santa Ana, implica tener injerencia y que por tanto se encuentra cubierto por el inciso d) del artículo 22 bis de la LCA, transmitiendo dicha prohibición a las personas jurídicas sin fines de lucro, tales como asociaciones, fundaciones y cooperativas, en las cuales las personas sujetas a prohibición figuren como directivos, fundadores, representantes, asesores o cualquier otro puesto con

capacidad de decisión, según lo dispuesto en el inciso g) del referido artículo 22 bis, lo cierto es que no puede dejar de considerarse que la participación en la junta directiva del Comité Cantonal por parte de un representante de una asociación deportiva, viene impuesto por medio de una norma legal. En este sentido, se tiene que el artículo 174 del Código Municipal dispone que el comité cantonal estará integrado por cinco residentes en el cantón: “...a) *Dos miembros de nombramiento del Concejo Municipal.* b) *Dos miembros de las organizaciones deportivas y recreativas del cantón.* c) *Un miembro de las organizaciones comunales restantes.* d) *Dos miembros de la población entre los 15 años y menores de 18 años, quienes serán elegidos directamente mediante una asamblea cantonal conformada por todas las organizaciones juveniles del cantón y los atletas activos del Programa de Juegos Deportivos Nacionales del cantón, convocada por el Comité Cantonal de la Persona Joven, y posteriormente juramentados por el concejo municipal. Estos miembros no podrán ostentar la representación judicial o extrajudicial del comité, ni podrán contraer obligaciones en nombre del comité...*” (el subrayado no corresponde al original). De manera tal que al exigir la ley que dentro de la junta directiva del comité cantonal respectivo, necesariamente deba existir la representación de dos miembros de las organizaciones deportivas y recreativas del cantón, resultaría gravoso que la organización que sea electa se vea afectada por la configuración de la prohibición prevista en el inciso d) en relación con el g) del artículo 22 bis. Lo anterior considerando que precisamente el interés de la norma legal, consiste en que en el comité se cuente con la participación de los grupos que se involucran de manera habitual en las actividades deportivas del cantón, por lo que impedir que dichas organizaciones puedan participar como oferentes en las contrataciones que promueva el comité, se traduciría en una interpretación desproporcionada, dado que al ser el régimen de prohibiciones materia odiosa y limitativa de derechos, debe interpretarse en forma restrictiva. En sentido similar, conviene traer a colación lo señalado por esta Contraloría General en el LEV-PROH No. 06-2012, de las nueve horas del diecisiete de abril de dos mil doce, respecto a que: “*Es decir, una norma de la ley No. 8028 dispone la propia incorporación del Gobierno de Costa Rica como miembro regular del CATIE, siendo que entonces tanto su integración como organización o estructura responden a lo que fue dispuesto en la citada ley. Bajo la misma línea, del contenido de las cláusulas octava y décimo sexta de la ley No. 8028 arriba trascritas*

(sic) destacan los siguientes elementos: Resulta evidente que un ministro vinculado con el sector agrícola, que en el caso de Costa Rica es el Ministro de Agricultura, es parte del Consejo Superior del CATIE. De manera particular el Ministro de Agricultura y Ganadería de Costa Rica preside dicho Consejo Superior por haber sido así preceptuado por la norma. Además, destaca que el Ministro de Agricultura y Ganadería de Costa Rica o su representante es miembro de la Junta Directiva, porque así lo dispone la norma, cargo que será ejercido por todo el plazo que permanezca en sus funciones de Ministro de Agricultura y Ganadería de Costa Rica, con lo cual se concibe la idea de ser considerado miembro de la Junta Directiva únicamente en el tanto ejerza sus funciones como Ministro de Agricultura y Ganadería –el Ministro de turno-. Es decir, se establece la condición necesaria de ocupar el puesto de Ministro del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) como requisito para ocupar el puesto en el Consejo Superior y también participa en la Junta Directiva del CATIE, por lo que las funciones inherentes al puesto dentro del CATIE se ejercen en razón de una disposición legal que deben ser asumidas sobre quien recaiga el nombramiento de Ministro de Agricultura y Ganadería, y no por una disposición de voluntad a título personal. Lo anterior encaja precisamente en la aplicación del principio de legalidad, y no en el de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, asimilando la especial circunstancia en que se posiciona el CATIE a partir de lo dispuesto en la ley 8028, no se puede desconocer que es la propia ley la que dispone la participación del Ministro indicado dentro CATIE, quien se encuentra sometido a ella de manera preceptiva. Es decir, el Ministro no estaría ocupando el puesto por libre voluntad sino por que se lo imponen normas de rango legal...". Así las cosas, siguiendo esa misma línea de interpretación, se tiene que el caso descrito no se configura la prohibición prevista en los incisos d) en relación con el g) del artículo 22 de la LCA, dado que la participación en la junta directiva del Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana de los representantes de las organizaciones de deportes del cantón es impuesto por ley.-----

POR TANTO

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 bis, inciso d) y g) y 23 de la Ley de Contratación Administrativa y 23 de su Reglamento, y 174 del Código Municipal, **SE RESUELVE:** 1) que no existe prohibición alguna para que la Asociación Deportiva de Natación



de Santa Ana pueda participar válidamente en los procedimientos de contratación administrativa que sean promovidos por el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

APV/chc
NN: 05641 (DCA-1553)
NI: 8857, 8898, 9114, 9272
G: **2021001528-1**
Exp: CGR-LVPH-2021002382

