

R-DJ-377-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Jurídica. San José, a las catorce horas del cinco de agosto del dos mil diez. -----

Recursos de apelación interpuestos por los señores **Luis Eduardo Evora Castillo**, contra la adjudicación de la **zona #1**, **René García Arguello**, contra la declaratoria de infructuosidad de una de las plazas de la **zona #11**, **Luis Chen Mok**, contra la adjudicación de la **zona #15**, y **Francisco Chinchilla Navarro**, contra la adjudicación de la **zona #19**, de la **Licitación Pública 2007LN-004826-01**, promovida por el Banco de Costa Rica, para la contratación de servicios profesionales de notarios externos para las oficinas de dicha entidad bancaria, **adjudicada en la zona #1 a Carlos Alberto Echeverría Alfaro, Ingrid Lambert Miller, Lindy Viviana Acuña Benavides, Floria Quesada Jiménez, Jorge Alfonso Castro Corrales, Federico Martín Sancho, Eduardo Alvarado Salazar, Benjamín Gutiérrez Contreras, Jorge Campabadal Herrero y Ligia María Aguilar Arias**, en la **zona #11 a Edgar Quirós Sanchun**, en la **zona #15 a Rafael Alberto Ortiz Molina, Milton Arias Sánchez, y Jenaro Sánchez Arias**, y en la **zona #19 a Maximiliano Víquez Rojas y Bernal Castro Gutiérrez**. .-----

RESULTANDO

I.-Que el apelante **Luis Eduardo Evora Castillo** presentó su recurso a las 14:34 del 20 de abril del 2010 alegando que su oferta se dejó fuera del concurso en razón de que luego de ser elegido en la primera rifa, se anuló el acto de adjudicación y se le pidió restituir la vigencia de la oferta y garantía de participación en tres días hábiles, lo cual atendió al cuarto día aplicando la Ley de Notificaciones pero el Banco lo excluyó por no atender la prevención a tiempo lo que considera incorrecto. -----

II Que el apelante **René García Arguello** presentó su recurso a las 15:32 del 19 de abril del 2010 alegando que se le excluyó por no haber prorrogado la vigencia de la oferta y la garantía de participación cuya prevención le hicieron a un fax que no es el suyo. Que además había manifestado una vigencia indefinida de su oferta y garantía de participación. -----

III. Que el apelante **Luis Chen Mok** presentó su recurso a las 9:43 del 21 de abril del 2010 alegando que se violó su derecho de petición al no responder el Banco un escrito referente a la incorrecta valoración de las ofertas. Que no se valoraron las sanciones impuestas antes de diez años a partir de noviembre del 2009 cuando lo correcto era que no se valoran las acaecidas antes de diez años a partir de la fecha de apertura de las ofertas. Que al adjudicatario Rafael Alberto Ortiz Molina incumplió con la certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social ya que es inactivo y aún así lo eligieron. -----

IV. Que el apelante **Francisco Chinchilla Navarro** presentó su recurso a las 15:55 del 27 de abril del 2010 alegando que fue el único que obtuvo 100 puntos en la primera adjudicación pero una vez anulada se otorgaron 100 puntos a dos notarios que habían obtenido 85 puntos en razón de que no se consideraron las

sanciones contabilizando el plazo de caducidad a partir de la fecha de análisis de las ofertas y no de apertura. -----

V. Mediante auto de las ocho horas treinta minutos del once de mayo del dos mil diez se confirió audiencia inicial de ley a la Administración y a los adjudicatarios de la zona #1 Carlos Alberto Echeverría Alfaro, Ingrid Lambert Miller, Lindy Viviana Acuña Benavides, Floria Quesada Jiménez, Jorge Alfonso Castro Corrales, Federico Martén Sancho, Eduardo Alvarado Salazar, Benjamín Gutiérrez Contreras, Jorge Campabadal Herrero y Ligia María Aguilar Arias, de la zona #11 Edgar Quirós Sanchun, de la zona #15 Rafael Alberto Ortiz Molina, Milton Arias Sánchez, y Jenaro Sánchez Arias, y de la zona #19 Maximiliano Víquez Rojas y Bernal Castro Gutiérrez la cual fue contestada por la Administración y por los Notarios Rafael Alberto Ortiz Molina, Jorge Campabadal Herrero, Eduardo Alvarado Salazar, Lindy Viviana Acuña Benavides, Bernal Castro Gutiérrez, Maximiliano Víquez Rojas, Federico Martén Sancho, Ingrid Lambert Miller y Milton Arias Sánchez mediante escritos agregados al expediente.-----

VI. Mediante auto de las trece horas del catorce de mayo del dos mil diez se otorga audiencia a los oferentes participantes en el procedimiento de desempate de la zona #1 que no resultaron adjudicatarios para que se refirieran al mejor derecho que pudiera tener el apelante de dicha zona, audiencia que fue contestada por Sergio Leiva Urcuyo, Gustavo Adolfo Esquivel Quirós, Livia Meza Murillo, Carlos Eduardo Quesada Hernández, Giselle Herz Leal, Gineth Garita Medrano, Mario Alberto Sandoval Pineda, Carlos Francisco Vargas Villalobos, Mario Rojas Barrantes, Erick Alberto Lizano Bonilla y Carrie Tung Young mediante escritos agregados al expediente.-----

VII. Mediante oficio DJ-2543 de 1 de julio del 2010 como prueba para mejor resolver se solicitó a la Caja Costarricense de Seguro Social certificar el estado del señor Rafael Alberto Ortiz Molina cédula 1-433-633 como trabajador independiente al 4 de octubre del 2007.-----

VIII. Mediante documento adjunto al oficio GF-31-798 de 6 de julio del 2010 la Caja Costarricense de Seguro Social certificó lo requerido. -----

IX. Mediante auto de las ocho horas del siete de julio del dos mil diez se prorroga el conocimiento del asunto en razón de la necesidad de recabar prueba para mejor resolver. -----

X. Mediante auto de las once horas del ocho de julio del dos mil diez se otorgó audiencia especial al Notario Rafael Alberto Ortiz Molina en relación con la respuesta de la Caja Costarricense de Seguro Social al oficio DJ-2643 de 1 de julio del 2010, documentos visibles a los folios 824 y 1010 del Tomo II del expediente de apelación. Asimismo, por encontrarse los autos listos para dictar el fallo, se confirió audiencia final a las partes por el plazo de tres días hábiles audiencia que fue contestada en tiempo por la

Administración y los notarios Rafael Alberto Ortiz Molina, Lindy Viviana Acuña Benavides, Benjamín Gutiérrez Contreras, Carlos Eduardo Quesada Hernández y Luis Chen Mok. mediante escritos agregados al expediente. -----

XI. En los procedimientos se han observado las prescripciones legales y reglamentarias. -----

CONSIDERANDO

I.-Hechos probados: Se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)**-Que el Banco de Costa Rica promovió la Licitación Pública 2007LN-004826-01 para la contratación de servicios profesionales de notarios externos para las oficinas del Banco de Costa Rica (folio 045 Tomo I del expediente). **2)**-Que la fecha de apertura definitiva para la recepción de ofertas se estableció para el día 4 de octubre del 2007 (folio 313 Tomo I). **3)**-Que el cartel de la contratación estableció 19 zonas en las cuales tiene presencia el Banco licitante, distribuidas en todo el país, y con el número de plazas a llenar por cada una (folio 467 Tomo I). **4)**-Que el cartel estableció en la cláusula octava como documentación a presentar por el oferente “...Presentar una certificación de que se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por esta, vigente al momento de la apertura de ofertas. Según el artículo 65 inciso c) del Reglamento General de Contratación Administrativa.” Asimismo estableció: “B. Trayectoria como notario público: 40%. Se asignarán cuarenta puntos a los notarios que no hayan sido sancionados por la autoridad competente para la fiscalización del ejercicio de la función notarial. Para tales efectos, los notarios públicos deberán presentar una certificación emitida por la Dirección Nacional de Notariado en donde se haga constar si ha sido o no sancionado, con indicación detallada de la clase o tipo de sanción o sanciones su duración. En el caso de que hayan sido sancionados se aplicarán las siguientes reglas para la asignación del puntaje en este rubro: (...) B.2 . Si la sanción ha consistido en una suspensión hasta por un mes : 25%. (...) Si el Notario ha tenido más de una sanción se aplicará el puntaje que correspondan al caso más grave” “30 (bis) En caso de presentarse empate en la calificación de las ofertas las reglas de desempate serán las siguientes: se dará prioridad a quines no hayan sido sancionados. De prevalecer el empate se realizará un sorteo entre aquellos oferentes que obtuvieron la mayor calificación y cumplan con los requisitos exigidos en este pliego de condiciones. Dicho sorteo se verificará con arreglo a criterios totalmente objetivos en presencia de todos los interesados, para lo cual el Banco los citará en forma oportuna y con razonable anticipación.” (ver folio 471 del tomo I del expediente administrativo) **5)**- Que mediante sentencia 2008-12585 de las quince horas y cuatro minutos del 19 de agosto del 2008, la Sala Constitucional acogiendo un recurso de amparo presentado por el

notario Rafael Antonio Ortega Ayón, en relación con el límite de tiempo para computar sanciones disciplinarias a los notarios, dispuso: “ *Considerando (...) V.-En casos como el de estudio, este Tribunal ha considerado que mantener los datos de una persona en un registro, como el de Notarios Públicos, sin sujeción a un límite temporal, constituye una sanción perpetua contraria a los derechos fundamentales. Por esta razón, la Sala considera forzosa la obligación a cargo del Director Nacional de Notariado de cancelar los asientos cuando se alcance el límite temporal de los 10 años, en tanto no existan nuevas anotaciones. Lo contrario sería obligar al sancionado a soportar -a perpetuidad- las consecuencias gravosas de una sanción cuyo quantum fue debidamente establecido por una autoridad pública. Esta obligación indeclinable no permite justificar la existencia de asientos que excedan el indicado plazo por la desidia de la Dirección Nacional de Notariado de darse a la tarea de constatar si la sanción impuesta fue, efectivamente, cumplida y si ha transcurrido el plazo de los 10 años. (...)***POR TANTO:** *Se declara con lugar el recurso. Se le ordena a Roy Jiménez Oreamuno, en su condición de Director Nacional de Notariado a.i., o a quien la sustituya abstenerse de emitir certificaciones de sanciones disciplinarias impuestas a notarios públicos 10 años antes de de ser solicitadas. Se le ordena a Mario Rivera Turcios, en su condición de Subgerente General del Banco de Costa Rica lo siguiente: a) Anular cualquier acto de adjudicación que se haya dictado en la licitación pública N° 2007LN-004826-01 y b) ponderar la oferta de Rafael Antonio Ortega Ayón, cédula de identidad número 1-425-800 , sin tomar en consideración la sanción impuesta en 1985. Se advierte a los recurridos que de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado y al Banco de Costa Rica al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Roy Jiménez Oreamuno y a Mario Rivera Turcios, respectivamente, en su condición de Director Nacional de Notariado a.i. y Subgerente General del Banco de Costa Rica, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, en forma personal.”. (ver folio 941 Tomo XXVIII del expediente administrativo). **6)** Que el notario Luis Eduardo Evora Castillo presento su garantía de participación en efectivo (ver folio 124 Tomo II del expediente administrativo) **7)** Que la Dirección Regional de Sucursales Región Chorotega de la Caja Costarricense de Seguro Social certificó que para el día cuatro de octubre del dos mil siete el notario Rafael Alberto Ortiz Molina cedula 1-433-633 no se encontraba inscrito dentro del registro de*

afiliación de trabajador independiente. (ver folio 1012 del expediente de apelación). **8)** Que el notario Rafael Alberto Ortiz Molina fue suspendido por la Dirección Nacional de Notariado por un plazo de un mes en proceso 99-000107-0624-NO mediante resolución de las siete horas cuarenta y seis minutos del treinta de abril del año mil novecientos noventa y nueve y por otro plazo de un mes en proceso 99-000059-0624-NO mediante resolución de las ocho horas veinte minutos del veintiséis de abril del año mil novecientos noventa y nueve. (ver folio 187 del tomo XXII del expediente administrativo). **9)** Que el señor René García Arguello prorrogó la vigencia de su oferta por noventa días a partir del 13 de marzo del 2008 y su garantía de participación por tiempo indefinido. (ver folio 58 del tomo XXVIII del expediente administrativo.). **10)** Que el señor René García Arguello señaló para notificaciones el fax 680-0348 (ver folio 58 del tomo XXVIII del expediente administrativo) **11)** Que el Banco previno al señor René García Arguello la ampliación de la vigencia de su oferta y garantía de participación con oficio de 13 de octubre del 2009 notificado al fax 26866432 el día 15 de octubre del 2009. (ver folio 220 del tomo XXX del expediente administrativo) **12)** Que el señor René García Arguello prorrogó la vigencia de su oferta y de su garantía de participación por tiempo indefinido y señaló para notificaciones los faxes 2686-6250 y 2680-0348 mediante oficio de fecha 27 de octubre del 2009 recibido en el Banco el día 28 del mismo mes y año. (ver folio 590 del tomo XXX del expediente administrativo.). **13)** Que el señor René García Arguello rindió su garantía de participación en efectivo (Ver folio 508 del tomo VI del expediente administrativo) **14)** Que el señor René García Arguello es padre del señor René Alonso García López (ver folio 789 y 791 a 793 del expediente de apelación). **15)** Que el señor René García López labora como Notario en la División Jurídica del Banco de Costa Rica desde el 6 de noviembre del 2006. (Ver folio 788 del expediente de apelación) **16)** Que el señor Francisco Chinchilla Navarro no aparece con sanciones en la certificación de fecha 5 de setiembre del dos mil siete adjunta a la oferta. (ver folio 080 del Tomo XXVI del expediente administrativo). **17)** Que el señor Maximiliano Víquez Rojas le fue impuesta una sanción de un mes de suspensión en las quejas 99-00211, 00-002, 99-059 y 99-023 del Archivo Nacional respectivamente. (ver folio 027 del Tomo XXVI del expediente administrativo) **18)** Que al señor Bernal Castro Gutiérrez mediante resolución de las ocho horas veinte minutos del veintiséis de abril del año mil novecientos noventa y nueve se le impuso la suspensión de un mes en el ejercicio del notariado en expediente 99-00059-0624. (ver folio 003 del Tomo XXVI del expediente administrativo) **19)** Que el señor Francisco Chinchilla Navarro fue suspendido por un mes mediante resolución 328-08 de las quince horas y cuarenta y cinco minutos del veinticinco de agosto del dos mil ocho publicada en el Boletín Judicial No. 221 del trece de noviembre del dos mil nueve y empezó el veintiuno de noviembre

del dos mil nueve y finalizó el veintiuno de diciembre del dos mil nueve. (ver folio 761 del expediente de apelación) -----

II.-Sobre la legitimación y el fondo de los recursos: El artículo 180 del Reglamento de Contratación Administrativa señala que, el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta entre otras razones -y sin perjuicio que esa facultad sea ejercida en cualquier etapa del procedimiento de acuerdo con las reglas del artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa-, cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso, debiendo éste entonces acreditar en el recurso, su aptitud para resultar adjudicatario. Conforme con lo anterior tenemos: **1- Recurso de Luis Eduardo Evora Castillo.** Alega el apelante que su oferta y garantía de participación, la cual fue rendida en efectivo, tenían una vigencia original de 365 días hábiles a partir de la apertura de las ofertas. Que ofertó para la zona 1 Metropolitana y obtuvo una calificación de 100 puntos para la primera adjudicación pero no fue adjudicado porque no ganó en la rifa. Que en razón de que el acto de adjudicación se anuló por disposición de la Sala Constitucional se tuvo que realizar una nueva rifa para lo cual el Banco procedió a solicitar que se ampliara la vigencia de las ofertas y de las garantías de participación lo cual se le notificó al fax que señaló el 13 de octubre del 2009, dándole tres días hábiles para que cumpliera con lo solicitado, lo cual cumplió el día 19 de ese mismo mes. Que como abogado y dado que en todas las prevenciones que se les hacen se aplica la Ley de Notificaciones para el cómputo de los tres días creyó que la subsanación había sido realizada en tiempo. Que cuando salió la lista de los notarios que participarían en la rifa de desempate no se le incluyó por lo que llamó al Banco y se le informó que se le excluyó por no atender a tiempo la prevención realizada, por lo que recurrió ante la Administración, no obstante ésta resolvió que el recurso precedente era el de apelación del acto de adjudicación. Agrega que con lo anterior se violentan los principios de razonabilidad y proporcionalidad porque aún en el caso de que se hubiera cumplido en forma extemporánea según la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento y la jurisprudencia de este Despacho no por ello se da de inmediato la exclusión, sino que debe valorarse el objeto del contrato, los hechos ocurridos en el curso de la licitación y la gravedad de los puntos subsanados tardíamente para determinar y fundamentar si se excluye la oferta. Recalca el hecho de que la garantía de participación fue otorgada en efectivo, por lo que no provocaba ningún inconveniente y que por el objeto el plazo de la oferta no es relevante ya que no se afecta precio o fecha de entrega. Señala que mantuvo su garantía en efectivo, nunca la retiró y su voluntad de esperar y participar en la nueva rifa

era más que evidente en el expediente. Agrega que la Procuraduría General de la República y la mayoría del Sector Público Nacional aceptan la aplicación de la Ley de Notificaciones y más bien han modificado reglamentos y normativa que se oponía y señala como ejemplos el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, el Registro de la Propiedad Industrial y el Tribunal Registral. Que es violatorio al principio de legalidad e igualdad que si la Dirección General Administrativa de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, entidad que regula y norma por medio de directrices la actuación de las proveedurías del Gobierno Central, el TSE y la Municipalidad de San José aplica la Ley de notificaciones se permita que el Banco establezca reglas de juego diferentes. Concluye señalando que ni el Departamento de Compras y Pagos ni el Banco de Costa Rica tienen ninguna norma específica o reglamento que regule la notificación y el cómputo de los días de plazos de resoluciones notificadas vía fax que le permitan apartarse de la Ley de Notificaciones. Adicionalmente cita los artículos 1 y 38 de la Ley de Notificaciones y 140 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y agrega que antes de la entrada en vigencia se tenía el 256 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, pero que la Ley de Notificaciones es más reciente y específica en cuanto a regular la notificación por fax y el cómputo de los días y además no se opone al artículo 256 de la LGAP citado sino que se complementan pues el artículo 38 de la Ley de Notificaciones establece dos actos diferentes, el recibo de la transmisión y por otra parte a partir de cuándo lo tengo por recibido y realizada la comunicación, lo que será, el día hábil siguiente a la recepción del documento. Por ello debe entenderse, en su criterio, el artículo 256 de la LGAP en el sentido de que los plazos empiezan a correr a partir del día siguiente al que se tiene por legalmente comunicado el acto, el cual sería el día hábil siguiente a cuando se recibió por fax el documento. Por ello solicita se declare con lugar el recurso, se tenga por cumplida la prevención o bien la falta como insignificante, se anule el acto de adjudicación y se realice nuevamente la rifa permitiendo que su oferta participe. Por su parte los **adjudicatarios** Ingrid Lamber Miller, Lindy Viviana Acuña Benavides, Federico Martín Sancho, Eduardo Alvarado Salazar, Benjamín Gutiérrez Contreras y Jorge Campabadal Herrero solicitan que se declare sin lugar el recurso. Asimismo los oferentes de esta línea no adjudicados se apersonaron al proceso indicando en general que debía declararse con lugar el recurso y realizar una nueva rifa. El notario Erick Alberto Lizano Bonilla responde la audiencia y solicita se declare la nulidad del cartel en el tanto establece como mecanismo de desempate la rifa y se contrate a los notarios que tiene 100 puntos. La **Administración licitante** señala que se solicitó al recurrente reestablecer la vigencia de su oferta y garantía de participación con fundamento en los artículos 67 y 37 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa pero la respuesta se recibió al cuarto día hábil siguiente a la

notificación por lo cual con fundamento en el artículo 67 señalado se procedió a excluir su oferta del concurso. Que esta materia está reglada por lo que no procedía entrar a hacer una valoración adicional ya que era insubsanable. Que por otra parte el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa sienta la regla de que la actividad de contratación administrativa se somete a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo, dentro del cual tenemos la clara disposición (de carácter especial) inserta en el artículo 256 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública que a la letra reza: “*Los plazos empezarán a partir del día siguiente a la última comunicación de los mismos o del acto impugnado caso de recurso.*”. Que si el recurrente atendió en forma extemporánea procedía la exclusión ya que actuar diferente habría producido una seria lesión y quebranto del ordenamiento jurídico administrativo establecido, así como del principio constitucional de igualdad, pues el plazo de tres días posteriores al recibo de la respectiva comunicación se le concedió por igual a todos los oferentes a los que se les formuló este tipo de prevención. Que la Ley de Notificaciones tiene aplicación para otras situaciones en la vía judicial y no es aplicable en materia de contratación administrativa que posee sus propias normas especiales. Que el artículo 1 de esta ley indica que “*Siempre que no exista norma especial en contrario, esta ley será aplicable a los procedimientos del Estado y sus instituciones regulados por la Ley General de la Administración Pública*” y que sí existe norma especial en contrario en el ordenamiento jurídico administrativo, además de que también el acto de prevención que particularmente se le notificó fue muy específico al concederle al recurrente un plazo de tres días hábiles posteriores al recibo de la comunicación. **Criterio para resolver:** En el caso queda claro que el apelante presentó en forma extemporánea la ampliación de su oferta y garantía de participación conforme al plazo establecido en la prevención realizada por la Administración para tal efecto y por ello la Administración deja fuera la oferta con fundamento en lo dispuesto por el artículo 67 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que establece. “*Artículo 67.—Vigencia. La oferta se presume vigente por todo el plazo estipulado en el cartel o, en su defecto, el plazo máximo para disponer el acto de adjudicación. En caso de indicación expresa de una vigencia inferior a la establecida, si esta diferencia no es menor al 80% del plazo, la Administración, prevendrá para que se corrija dicha situación dentro del término de tres días hábiles. De no cumplirse la prevención, se ejecutará la garantía de participación y se descalificará la oferta. Si cesare la vigencia de la oferta, la Administración tan pronto como advierta tal circunstancia, prevendrá al interesado, aún después de dictado el acto de adjudicación, para que dentro del término de tres días hábiles manifieste por escrito si mantiene los términos de la oferta y por cuánto tiempo. Vencido el término de la prevención, sin que ésta haya sido atendida, se procederá a excluir la oferta, sin que ello*

*suponga la ejecución automática de la garantía de participación.”. No obstante, en criterio de este Despacho en el presente caso la lectura del artículo señalado no puede hacerse en la forma que lo hace la Administración sin considerar el principio de eficiencia contenido en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa que tiende a la conservación de la oferta, tomando en consideración el interés manifiesto del oferente, esto es que aunque un día después, cumplió con la prevención, asimismo que el proceso se vio afectado por diferentes gestiones de los oferentes que lo han alargado en el tiempo y que la garantía de participación estaba rendida en efectivo por lo que la Administración no se encontraba desprotegida. Adicionalmente la prórroga se dio antes de que se realizara el sorteo. Todos estos factores debieron ser analizados por la Administración, es decir, debió valorarse la trascendencia que tenía la demora del oferente para determinar la inelegibilidad de su oferta. En todo caso, conviene advertir que la norma de comentario dispone en el primer párrafo una presunción de vigencia de las ofertas, mientras que en el segundo párrafo establece la descalificación para una el caso de una manifestación de vigencia inferior a la establecida y que no se cumpla la prevención del todo, situación que en este caso no ocurre, por cuanto fue atendida por el oferente aunque en forma extemporánea (un día). Bajo esa lógica y una lectura acorde con el principio de eficiencia, este órgano contralor estima que debe dimensionarse el incumplimiento y en consecuencia, no resulta factible dejar fuera oferta en forma automática. En consideración a lo señalado el recurso se declara con lugar. Proceda la Administración a valorar la oferta y realizar nuevamente la rifa conforme corresponda. En relación con la respuesta a la audiencia inicial del notario Erick Alberto Lizano Bonilla en la que solicita se declare la nulidad del cartel en el tanto establece como mecanismo de desempate la rifa y se contrate a los notarios que tiene 100 puntos la gestión resulta a todas luces precluida ya que debió haberse planteado en el momento procesal oportuno como un recurso de objeción y por ello resulta también precluida su pretensión. **2- Recurso de René García Arguello.** Alega el **apelante** que ofrece servicios para la sucursal de Nicoya. Que el 25 de marzo del 2008 prorrogó en forma indefinida la vigencia de la oferta así como la garantía de participación en razón de que existían varios recursos de apelación contra la adjudicación. Que el Banco anuló la adjudicación lo cual no se le notificó como tampoco se le hizo prevención alguna para mantener la vigencia de su oferta, lo cual asume sucedió porque había prorrogado en forma indefinida la oferta y la garantía de participación, sin embargo en documento recibido por el Banco el 28 de octubre del 2009 nuevamente amplió su oferta y garantía por tiempo indefinido. Agrega que siempre ha señalado para atender notificaciones el fax 2683-6250 y 2680 03 48 así como su correo electrónico. Que en la Gaceta No. 70 del 13 de abril del 2010 se publicó la adjudicación y no se tomó en cuenta su oferta sino que de dos plazas una se adjudicó y la otra se declaró infructuosa, señalándole el*

Banco ante su consulta que se le había excluido por no haber prorrogado su oferta dentro del plazo de tres días notificado el 19 de octubre del 2009 al fax 2686-6432 que no le corresponde y no lo señaló ya que los señalados son 2686-6250 y 2680-0348. Que al no habersele notificado no le corre el término y no se puede tomar una decisión que lo afecte ya que además ya había prorrogado la oferta y garantía. En escrito presentado el 3 de junio del 2010 señala que el 31 de mayo del 2010 el Banco acordó rechazar un recurso de reconsideración haciendo referencia no a las razones señaladas sino a su parentesco con Rene Alonso García López, su hijo, Notario de esa Institución ya que considera el Banco que tal situación conlleva una prohibición legal para que pueda participar en al licitación. Que esta argumentación es extemporánea e ilegal ya que su hijo no es asesor legal sino notario institucional por lo que no se da el supuesto del artículo 22 bis incisos c) y h) de la Ley de Contratación Administrativa. El **adjudicatario** Edgar Quirós Sanchun no atendió la audiencia inicial. Por su parte la **Administración licitante** señala que el recurrente presentó un recurso de reconsideración y que durante el trámite del mismo se conoció que es el padre del Lic. René Alonso García López quien labora como funcionario del Banco de Costa Rica desde el 6 de noviembre del año 2006 en el puesto de “Notario Institucional” de la oficina de Notarios Institucionales de la División Jurídica del Banco. Que esta relación de parentesco de primer grado entre el aquí recurrente y un funcionario de planta del Banco que labora para la asesoría legal, denominada internamente como División Jurídica implica la existencia de una prohibición legal para participar en el concurso conforme con los artículos 22 y 22 bis incisos c) y h) de la Ley de Contratación Administrativa que le impide tener legitimación para presentar el recurso por lo que solicita se rechace el mismo. **Criterio para resolver:** Debemos iniciar señalando que para este órgano contralor, ha quedado demostrado que el Banco realizó la prevención de la prórroga de la vigencia de la oferta y la garantía de participación a un fax no señalado por el apelante (ver hechos probados 10 y 11), por lo que no se puede alegar que atendió la misma en forma extemporánea. No puede dejarse de lado que, su garantía de participación fue rendida en efectivo (ver hechos probados 9, 12 y 13). No obstante esta situación, es necesario considerar que en la respuesta a la audiencia inicial la Administración alega que el apelante tiene prohibición para contratar con la Administración, respecto de lo cual el notario apelante alega que la argumentación en cuanto a la prohibición resulta extemporánea e ilegal. Al respecto, considera esta Contraloría General en cuanto al alegato de extemporaneidad que, por el contrario, en el caso de la apelación, los alegatos en contra de la oferta del apelante se realizan con la respuesta a la audiencia inicial, es decir, es este el momento procesal oportuno para tal actuación. Por otra parte, en cuanto a la alegada ilegalidad, tenemos que los defectos a la oferta que se señalen en la respuesta a la audiencia inicial no necesariamente deben corresponder a los

considerados en el acto de adjudicación en el sentido de que pueden alegarse otros adicionales, caso en el cual se le dará audiencia sobre los mismos al apelante para que se manifieste al respecto para su respectiva defensa. En este caso, el apelante se refirió a estos incumplimientos mediante el oficio presentado ante este Despacho el 3 de junio del 2010. Sobre el fondo del punto, tenemos que se ha indicado que al apelante le cubre la prohibición establecida en el artículo 22 bis incisos c) y h) de la Ley de Contratación Administrativa en razón de ser el padre del Lic. René Alonso García López quien labora como funcionario del Banco de Costa Rica desde el 6 de noviembre del año 2006 en el puesto de “Notario Institucional” de la oficina de Notarios Institucionales de la División Jurídica del Banco. Este hecho por si solo resulta determinante para establecer la posibilidad del apelante de resultar adjudicatario y por ello de la legitimación para plantear el recurso. El artículo citado dispone: *“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: (...) c) Los funcionarios de las proveedurías y de las asesorías legales, respecto de la entidad en la cual prestan sus servicios. (...) 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.”* Conforme a las pruebas presentadas se tiene por demostrado el parentesco alegado y el puesto que ocupa el Lic. Rene Alonso García López (ver hechos probados 14 y 15) al respecto cabe señalar que en razón de que el Lic. García López labora en la asesoría legal del Banco, independientemente del puesto que ocupa y de las funciones que realiza, ya que esta no es un aspecto a valorar de conformidad con el texto de la norma, estamos en presencia de la prohibición alegada por el Banco y por ello el apelante carece de legitimación para plantear el presente recurso el cual debe rechazarse de plano por improcedente. Vale indicar, que esta posición la ha mantenido en este Despacho en el oficio 4558 (DJ-1889-2010) de 19 de mayo del 2010 en el cual en el caso de un funcionario de una Dirección Jurídica que tenía funciones de notario se dispuso : *“No obstante, de una revisión general de los documentos que acompañan la consulta, se desprende que el consultante se ve afectado por la causal de prohibición que establece el inciso c) del mismo numeral; el cual prohíbe que los funcionarios de las asesorías legales, participen como oferentes directos o indirectos en los procedimientos de contratación administrativa, que promueva la entidad a la cual prestan sus servicios.”* **3- Recurso de Luis Chen Mok.** Alega el **apelante** que presentó una gestión ante el Banco sobre la interpretación del voto 2008-012585 de la Sala Constitucional y la inaplicabilidad del punto 8 del aparte “Consideraciones Generales” del cartel, para que fuera resuelta de previo a la adjudicación lo cual no se hizo violando con ello el

derecho de petición y pronta respuesta consagrado en el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y 27 de la Constitución Política en tanto no se dio respuesta en forma oportuna y antes del dictado del acto final. Que además el acto final viola el principio de igualdad por indebida interpretación del voto 2008-012585 ya que se interpreta en el sentido de tomar en cuenta solo las sanciones comprendidas dentro de los últimos diez años pero tomando como fecha límite el 11 de diciembre del 2009, fecha en que se elabora el informe final. Que la licitación pública fue abierta el 13 de agosto del 2007 y la recepción de ofertas finalizó el 4 de octubre del 2007, entonces estima el recurrente que lo procedente es considerar las condiciones acreditadas y existentes a la fecha de apertura de las ofertas, ya que de lo contrario se otorga una ventaja a quienes para el 4 de octubre del 2007 tuvieran una sanción y no hubiera transcurrido el plazo de los diez años. Que por el hecho de que desde la apertura de ofertas por la interposición de recursos hayan transcurrido más de dos años para adoptar el acto final, no puede interpretarse so pretexto de un aplicación del voto de la Sala Constitucional citado como una autorización para modificar circunstancias de los oferentes acaecidas fuera del plazo transcurrido entre la apertura y el cierre del proceso licitatorio. Que se debió excluir las sanciones a los oferentes que para el 4 de octubre del 2007 hubieran superado el plazo de diez años. Que el oferente Rafael Ortiz Molina presentó gestión el 20 de abril del 2009 para sustituir la certificaciones aportadas en las cuales constaba que al momento de la apertura de ofertas había sanciones vigentes. Que también se viola el principio de igualdad por incurrir en un trato desigual respecto del oferente Rafael Albero Ortiz Molina a quien se le otorgo 100 puntos a pesar de haber incumplido con el punto 8 de la “Consideraciones Generales” ya que se le relevó del cumplimiento de lo reglado en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS pues señala que al folio 185 del expediente consta que al momento de presentar la misma se encontraba inactivo ante la CCSS, debiendo cumplir con lo dispuesto por dicha norma y los artículos 1 y 2 del Reglamento para la afiliación de trabajadores independientes de la CCSS. El **adjudicatario** Rafael Alberto Ortiz Molina señaló que el recurso se refiere a criterios personales del apelante como su interpretación en relación con el Voto de la Sala Constitucional contraria a la del Lic. Víctor Hugo Paniagua Hidalgo y, según su criterio a la de este órgano contralor, por lo que solicita se rechace el recurso y se confirme la adjudicación. Asimismo el Notario Milton Arias Sánchez se apersona indicando que se confirme la adjudicación a su favor. Por su parte la **Administración licitante** señaló que en relación con el derecho de petición y pronta respuesta, si se revisa el escrito presentado por el recurrente el 23 de febrero se consigna en el mismo *“solicito que al momento de adoptar el acto final de adjudicación su oficina advierta el error de interpretación que hemos venido examinando supra ...En consecuencia, solicito que su oficina proceda a examinar el*

informe final que hemos venido comentando a la luz de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que han sido expuestas.” Que conforme con lo anterior de previo a emitir el acto de adjudicación el Banco valoró el informe y los argumentos del recurrente adoptando la decisión de adjudicación. Que no es cierto que la gestión de recurrente haya sido ignorada por el Banco pues la misma se valoró de manera suficiente, aunque no se compartieron los argumentos expuestos. Que no correspondía enviar respuesta al recurrente por innecesario y porque la gestión se realizó dentro de un procedimiento de licitación cuyas etapas y plazos se encuentran reguladas por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento de manera que los oferentes tienen normada su intervención siendo una de ellas el recurso de apelación. Sobre el segundo argumento de desconformidad, relacionado con la interpretación del voto 2008-012585 de la Sala Constitucional la interpretación del Banco es correcta en tanto de acuerdo con la Sala no deben considerarse para efectos de valoración y calificación de las ofertas sanciones aplicadas a profesionales con una antigüedad superior a los diez años. Al efecto señala que la Sala dispuso.: *“Este Tribunal ha considerado que mantener los datos de una persona en un registro, como el de Notarios Públicos, sin sujeción a un límite temporal, constituye una sanción perpetua contraria a los derechos fundamentales. Por esta razón, la Sala considera forzosa la obligación a cargo del Director Nacional de Notariado de cancelar los asientos cuando se alcance el límite temporal de los 10 años, en tanto no existan nuevas anotaciones. Lo contrario sería obligar al sancionado a soportar –a perpetuidad- las consecuencias gravosas de una sanción cuyo quantum fue debidamente establecido por una autoridad pública. Esta obligación indeclinable no permite justificar la existencia de asientos que excedan el indicado plazo por la desidia de la Dirección Nacional de Notariado de darse a la tarea de constatar si la sanción impuesta fue efectivamente, cumplida y si ha transcurrido el plazo de los 10 años.”*. Que en lo que concierne al Banco señaló: *“La Constitución Política, como norma fundamental, sirve de base de todo orden jurídico y político del Estado. Como fundamento de esos ordenes, contiene expresa o tácitamente, una serie de principios, que se irradian a toda la estructura jurídica del Estado y recoge una serie de valores fundamentales que definen un sistema de derechos y garantías para el individuo frente a los poderes públicos. Precisamente, como pilar del sistema jurídico, toda la actuación de los Poderes, entes, órganos y funcionarios públicos se encuentra sometida al Derecho de la Constitución como parámetro de constitucionalidad. Por tal motivo, aunque la Dirección Nacional de Notariado incurriera en una actuación ilegítima emitiendo una certificación de una sanción que superaba el límite temporal de los 10 años desde la anotación del asiento, tal circunstancia no es excusa para que el Banco de Costa Rica no ponderara que esa sanción había sido impuesta más de 25 años antes.*

Indudablemente, como no se valoró ese hecho, se infringió el derecho de la Constitución. Bajo esta inteligencia, estima la Sala que se produjo el agravio reclamado.”. Agrega que esta resolución es consistente con el Voto 3937-08 , de modo que al momento de realizar la nueva valoración de las ofertas el Banco no podía considerar para efectos de calificación sanciones aplicadas a cualquier notario que tuvieran mas de 10 años de impuestas, pues existe un mandato expreso en el sentido de ponderar en cada caso si la sanción impuesta y certificada supera o no el límite temporal de los diez años y, en caso afirmativo, no considerarla para efectos de calificación. Que en el caso del oferente Rafael Alberto Ortiz Molina, originalmente el Banco le había asignado una calificación de 85 puntos pues aportó con la oferta una certificación en la que constan dos sanciones, cada una de un mes de suspensión, de fechas 26 y 30 de abril de 1999. No obstante por el Voto señalado se valoró nuevamente estableciéndole una calificación de 100 puntos debido a que a la fecha en que se efectuó esta nueva valoración de las ofertas, diciembre del 2009, y más aún, para la fecha en que se dictó el acto de adjudicación, 2010, ambas sanciones contaban con más de diez años de haber sido impuestas y cumplidas, lo que significa que a tenor de lo ordenado por el tribunal constitucional no podían ser consideradas para ningún efecto legal. Alega que si el Banco hubiera actuado como lo pretende el recurrente, es decir, computando el plazo de diez años tomando como punto de partida hacia atrás la fecha de 4 de octubre del 2007, ello hubiese provocado una prolongación del hecho por mas de diez años, del plazo de las sanciones impuestas lo que habría implicado un claro desacato de lo ordenado por la Sala Constitucional. Que ciertamente, como regla de aplicación general, los requisitos de los oferentes se valoran de ordinario tomando como referencia la fecha de presentación de las ofertas, pero en este caso concreto dicha regla no resulta de aplicación, en virtud de lo ordenado expresamente por la Sala Constitucional que decreto una verdadera caducidad de las sanciones una vez transcurridos diez años de su imposición. Sobre el cumplimiento del punto 8 del cartel por parte del Lic, Rafael Alberto Ortiz Molina, el cartel en el punto 8 requirió a los oferentes *“presentar una certificación de que se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con al Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por éstas, vigente al momento de la apertura de las ofertas. Según el Artículo 65 inciso c) del Reglamento General de Contratación Administrativa”*. Que durante la etapa de objeciones este Despacho dispuso que la certificación requerida debe entenderse no solo a las obligaciones como patrono sino al pago por realizar actividades independientes o no asalariadas. Que el Lic. Rafael Ortiz Molina adjuntó una certificación indicando estar al día como trabajador independiente de fecha 15 de agosto del 2007 con validez hasta el 10 de setiembre. Esa misma certificación señala que existen dos número patronales en condición de

inactivos a nombre de Rafael Alberto Ortiz Molina. Señala que para el Banco cumplió con lo requerido en el punto 8 toda vez que como trabajador independiente se encontraba al día y el hecho de que existan a su nombre dos números patronales en condición de inactivos en nada altera esta conclusión, pues ello significa que la persona no era patrono pero si trabajador independiente. Que como la apertura se realizó el 4 de octubre y la validez de la certificación era hasta el 10 de setiembre, el Banco previno al oferente presentar una certificación actualizada, lo que se cumplió en tiempo mediante una certificación de 23 de noviembre del 2007 con validez hasta el 16 de diciembre demostrando los mismos hechos. **Criterio para resolver:** **1-** Sobre la gestión del notario ante el Banco respecto a la interpretación del voto 2008-012585 de la Sala Constitucional y la inaplicabilidad del punto del punto 8 del aparte “Consideraciones Generales” del cartel, estima este órgano contralor que no le corresponde a este Despacho conocer del tratamiento de las gestiones de los oferentes ante el Banco que no se regulan dentro del procedimiento y en todo caso la gestión versa sobre lo aquí discutido. **2-** Sobre la aplicación del voto de la Sala Constitucional este Despacho considera que el mismo debe aplicarse en forma concordante con el criterio sostenido que se ha mantenido como jurisprudencia administrativa en el sentido de que la apertura de las ofertas constituye el momento en el cual las mismas deben contener los requisitos establecidos en el cartel y es con base en esta situación que las mismas van a ser valoradas (al efecto véanse las resoluciones R-DCA-425-2006 y R-DJ-101-2009). Conforme con lo anterior y siendo que el Voto 2008-12585 de la Sala Constitucional dispone “(...) **POR TANTO:** *Se declara con lugar el recurso. Se le ordena a Roy Jiménez Oreamuno, en su condición de Director Nacional de Notariado a.i., o a quien la sustituya abstenerse de emitir certificaciones de sanciones disciplinarias impuestas a notarios públicos 10 años antes de de ser solicitadas. Se le ordena a Mario Rivera Turcios, en su condición de Subgerente General del Banco de Costa Rica lo siguiente: a) Anular cualquier acto de adjudicación que se haya dictado en la licitación pública N° 2007LN-004826-01 y b) ponderar la oferta de Rafael Antonio Ortega Ayón, cédula de identidad número 1-425-800 , sin tomar en consideración la sanción impuesta en 1985. Se advierte a los recurridos que de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado y al Banco de Costa Rica al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Roy Jiménez Oreamuno y a Mario Rivera*

Turcios, respectivamente, en su condición de Director Nacional de Notariado a.i. y Subgerente General del Banco de Costa Rica, o a quienes en su lugar ejerzan esos cargos, en forma personal.” (ver hecho probado 5), no comparte este Despacho el criterio del Banco en el sentido de que el cómputo de las sanciones debía hacerse al momento de valorar las ofertas, ya que en primer lugar esto no es lo que ordena la Sala Constitucional y además esta fecha no es una fecha cierta, predeterminada y que por ello, garantice los principios de igualdad y seguridad jurídica, como si lo es la fecha de apertura de las ofertas según lo ha dicho este Despacho al disponer: *“En este sentido, la norma legal es clara en indicar que el requisito debe cumplirse para efectos de participar y esto debe cumplirse no en cualquier etapa del procedimiento sino en un momento cierto, como es la apertura de ofertas. Es en ese momento en el que se toma una especie de fotografía de las ofertas respecto de sus condiciones técnicas, jurídicas o económicas; de tal suerte que no pueden ser susceptibles de modificación, por lo que el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento también debe tenerlo el oferente al momento de someter su plica a conocimiento de la Administración.”*(Resolución R-DCA-425-2006). Conforme con lo anterior, la disposición de la Sala Constitucional debe aplicarse en el sentido de que, para el caso que nos ocupa, no se deben tomar en cuenta las sanciones ocurridas diez años antes de la fecha de apertura de las ofertas, esto es del 4 de octubre del 2007 y la Administración tenía las certificaciones correspondientes para realizar tal valoración. (ver hecho probado 8). 3- En relación con las cuotas de la Caja Costarricense de Seguro Social el Banco señala que el Lic. Rafael Ortiz Molina adjuntó una certificación indicando estar al día como trabajador independiente de fecha 15 de agosto del 2007 con validez hasta el 10 de setiembre del 2007 y otra con validez del 23 de noviembre del 2007 hasta el 16 de diciembre del 2007presentada en atención a la prevención del Banco ya que la primera no cubría la fecha de apertura de las ofertas y que para el Banco cumplió con lo requerido en el punto 8 toda vez que como trabajador independiente se encontraba al día, careciendo de importancia el hecho de que existieran a su nombre dos números patronales en condición de inactivos, pues ello significa que la persona no era patrono pero si trabajador independiente. No obstante, siendo que las certificaciones presentadas no cubrían la fecha de apertura de las ofertas, que es el momento en el cual el notario debe cumplir con los requisitos exigidos en el cartel, ante la ausencia de prueba presentada por el adjudicatario en la respuesta a la audiencia inicial y en razón de lo alegado en la apelación, mediante oficio DJ-2543 de 1 de julio del 2010 como prueba para mejor resolver se solicitó a la Caja Costarricense de Seguro Social certificar el estado del señor Rafael Alberto Ortiz Molina cédula 1-433-633 como trabajador independiente al 4 de octubre del 2007, producto de lo cual la Dirección Regional de Sucursales Región Chorotega de la Caja Costarricense de Seguro Social

certificó que para el día cuatro de octubre del dos mil siete el notario Rafael Alberto Ortiz Molina cédula 1-433-633 no se encontraba inscrito dentro del registro de afiliación de trabajador independiente(ver hecho probado 7). En la respuesta a la audiencia especial concedida para que se refiriera a esta prueba el Notario Ortiz Molina señala que lo que el cartel indicaba y solicitó a los concursantes fue demostrar que no se encontraba moroso ni deudor ante la Caja Costarricense de Seguro Social lo cual demostró con las constancias que aportó. Sin embargo, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social en su artículo 74, exige a los oferentes cumplir con el requisito de estar al día en sus obligaciones con la CCSS, de forma ineludible para poder ofertar. Incluso si el licitante omite tal disposición en el cartel, es su obligación exigir el cumplimiento de ese requisito a los oferentes, y es obligación de estos últimos cumplir con el punto, ya que estamos ante una disposición de índole legal, con mayor jerarquía que el cartel de licitación, como expresión de la actuación administrativa en el ámbito de compras públicas. Adicionalmente, el artículo 65 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa señala en lo que nos interesa que : *“Artículo 65.—**Documentos a aportar.** Toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá las siguientes declaraciones y certificaciones, sin perjuicio de cualquier otra documentación de la misma naturaleza, que la Administración, requiera en el cartel. En el caso de las declaraciones, se harán bajo la gravedad de juramento y no será necesario rendirlas ante notario público, salvo que así razonablemente lo requiera la Administración en el cartel. Estas serán admisibles en documento separado o bien como parte del texto de la propuesta. (...) c) Certificación de que el oferente se encuentra al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), o bien, que tiene un arreglo de pago aprobado por ésta, vigente al momento de la apertura de las ofertas. La Administración podrá señalar en el cartel en qué casos la certificación de la CCSS no deba aportarse, porque se cuenta con acceso directo al sistema de dicha entidad y pueda verificar por sí misma la condición del participante. En todo caso la Administración podrá constatar en cualquier momento, el cumplimiento de las obligaciones obrero patronales.(...)”* Conforme con lo anterior en casos como el presente en el que los servicios que se prestan constituyen servicios profesionales brindados en forma independiente, para este Despacho ha sido clara la necesidad de encontrarse al día en el pago de las obligaciones con la seguridad social como trabajador independiente al momento de la apertura de las ofertas independientemente de que el cartel exija la presentación de certificación o no. Es decir lo que resulta obligatorio y es un requisito de admisibilidad de la oferta es encontrarse al día en el pago de las obligaciones como trabajador independiente, que es la forma en la que se están ofreciendo los servicios, al momento de la apertura de las ofertas (al efecto véanse las resoluciones R-DCA-425-2006, R-DJ-143-2009 y R-DJ-314-

2009) lo cual ha quedado demostrado no es así (ver hecho probado 7), ya que no solo las certificaciones presentadas no cubren la fecha de apertura de las ofertas, 4 de octubre del 2007, sino que a esa fecha el notario no estaba afiliado como trabajador independiente y no resulta procedente alegar que no se tenían deudas porque no se estaba afiliado al régimen cuando ello es una obligación legal que es precisamente lo que se tutela, bajo ese supuesto un patrono simplemente no asegura a sus empleados y señala que no tiene deudas con lo cual se dejaría de lado la intención de la Ley. 4- En la respuesta a la audiencia final el Notario Rafael Alberto Ortiz Molina alega que tiene más años de ser notario que el apelante, lo cual no resulta relevante en este punto ya que ese es un factor que el Banco valoró y no ha sido cuestionado en la apelación ni en la respuesta a la audiencia inicial, que es el momento procesal oportuno para que el adjudicatario alegue en contra del apelante (ver artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación administrativa). Alega además el notario Ortiz Molina “falta de legitimación y nulidad absoluta de la participación” del apelante en el concurso y una “vinculante revisión y determinación” de la oferta por parte de este Despacho y en consecuencia “nulidad absoluta de la atención” del recurso, por ser el apelante deudor de impuestos sobre bienes inmuebles, al momento de la apertura de las ofertas. Todo lo cual resulta ser alegatos nuevos no establecidos en el momento procesal oportuno, sea con la respuesta a la audiencia inicial y por ello no atendibles por encontrarse precluidos. Sobre la preclusión este Despacho manifestó en la resolución R-DCA-484-2002 de las 14:00 horas del 24 de julio de 2002 lo siguiente: *“En punto al principio de la preclusión, la doctrina ha sido clara cuando señala: “Está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.” (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p.263) “... la institución de la preclusión tiene por objeto obtener concentración del procedimiento evitando la dispersión de los actos procesales al establecer para las partes la carga de tener que realizarlos en su momento procesal bajo la sanción tener por perdida la posibilidad de alegación, de prueba o de impugnación...” (GIMENO SENDRA, Vicente y otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Valencia, 1994, p. 266). En consecuencia, se impone rechazar el recurso por versar en este aspecto sobre un reparo ya resuelto en vía administrativa.”* No obstante estar los alegatos precluidos señalamos que no resulta atendible lo alegado por el adjudicatario en el sentido de que el alegato de la deuda en el pago de impuesto sobre bienes inmuebles que ahora señala ya había sido realizado ante este órgano contralor con ocasión de un recurso que producto de la adjudicación anterior, que se anuló y en la cual él no resultó

adjudicatario presentó, en razón de que en tal oportunidad mediante resolución R-DCA-547-2008 de las diez horas del diecisiete de octubre del dos mil ocho se archivaron los recursos presentados ya que el acto de adjudicación se anuló por disposición de la Sala Constitucional según se hemos señalado supra. Así las cosas, al apelante no puede pretender que se conozca en esta oportunidad de lo alegado en contra de un acto de adjudicación no solo ajeno a este proceso sino que además ya anulado y si consideró necesario hacer alguna imputación en contra de la oferta del aquí apelante debió así advertirlo en la respuesta a la audiencia inicial, según quedó dicho, e incluso solicitar que se trajeran las pruebas entonces presentadas, que de por si carecen de valor probatorio por si solas al no ser certificaciones, a este nuevo expediente. Tampoco se entra a conocer de la solicitud de prueba planteada en el sentido de pedir certificar *“el estado en que se encontraba al momento de conferirse esta audiencia que aquí se atiende en el pago de sus cuotas el indicado apelante Luis Chen Mok”*, no solo por tratarse de un tema precluido, sino porque no se realizó alegato alguno, ni antes ni siquiera ahora, en relación con el cumplimiento o no de esta obligación por parte del apelante y además porque según hemos visto lo relevante resulta ser el cumplimiento de tal obligación al momento de la apertura de las ofertas y no al momento de conferirse la audiencia especial. Así, conforme con lo anterior se declara con lugar el recurso. **4- Recurso de Francisco Chinchilla Navarro.** Alega el apelante que participó en el concurso y obtuvo la máxima calificación. Que prorrogó su oferta y la garantía de participación y resultó ganador en el sorteo de desempate, sin embargo no fue adjudicado. Señala que para la línea 17 participaron aparte de su oferta, Bernal Castro Gutiérrez y Maximiliano Viquez Rojas. Que en la certificación adjunta a la oferta de Maximiliano Viquez Rojas se establece que se le impuso un mes de suspensión por tres quejas publicadas en el Boletín Judicial No. 96 del 19 de mayo de 1999. Que a su vez en la oferta de Bernal Castro Gutiérrez consta que mediante resolución de las ocho horas veinte minutos del 26 de abril de 1999 se le suspendió un mes en el ejercicio del notariado. Que de acuerdo con el estudio realizado a las ofertas el 21 de diciembre del 2007, le correspondieron 100 puntos y a los otros oferentes 85 ganando la rifa Bernal Castro Gutiérrez y con base en ello se adjudicó. Que a raíz de un recurso de amparo la Sala Constitucional en Voto 2008-12585 ordenó anular cualquier acto de adjudicación y ponderar la oferta del amparado sin tomar en consideración la sanción impuesta en 1985. Que a pesar de la oscuridad sobre los alcances del fallo, la entidad recurrida no formuló recurso de adición y aclaración. Que el Banco procede a anular y se hace un nuevo análisis de las ofertas en el cual no se consideran los antecedentes disciplinarios de los señores Maximiliano Viquez Rojas y Bernal Castro Gutiérrez por lo que se les otorga junto con su oferta 100 puntos. Que en la rifa salió favorecido junto con la oferta de señor Bernal Castro

Gutiérrez sin que se hiciera ninguna reserva. No obstante, el 13 de abril se publica la lista de adjudicatarios en la cual se le excluye. Alega que con lo anterior el Banco permite una ilegítima modificación de las ofertas a partir de una nulidad de una adjudicación anterior que no respeta el principio de intangibilidad de los actos propios ni el canal procedimental aplicable al tenor del artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública, de uso complementario en materia de nulidad por referencia explícita de la Ley de Contratación Administrativa. Agrega que el cartel es el reglamento específico de la contratación y sus reglas inmodificables de tal manera que la aplicación del sistema de evaluación debe efectuarse con vista de las reglas preestablecidas y con base en las ofertas y los documentos prevenidos. Que el Banco permite una subsanación improcedente que modifica las ofertas y que no son hechos referenciados. Señala la resolución R-DCA-425-2006 en la que se dispuso sobre el tema del cumplimiento de las obligaciones obrero patronales que la apertura de las ofertas es el momento en que se toma una especie de fotografía de las ofertas respecto de sus condiciones técnicas jurídicas y económicas que no pueden ser susceptibles de modificación. Se cuestiona entonces cómo podría válidamente permitirse que se introduzcan hechos nuevos, tanto en beneficio como en perjuicio de los oferentes aprovechando situaciones coyunturales y que no constituyen una rehabilitación o inhabilitación de alguno de los oferentes. Agrega que en el peor de los contextos ninguno de los adjudicatarios se encontraba libre de sanciones porque aunque no se vieran en su calificación, la sanción es un hecho histórico e irrefutable acreditado por ellos mismos a la hora de presentar las ofertas por lo que igual se debió realizar el sorteo el cual ganó pero se le sanciona por un hecho sobreviniente a pesar de que nunca se estableció la posibilidad de actualizar ofertas. Por su parte los **adjudicatarios** señalan: Maximiliano Viquez Rojas que el apelante no lleva razón ya que fue sancionado y por ello su nota rebajada y no está en igualdad de condiciones que los adjudicatarios, que tienen nota 100 y no tienen sanciones. Que producto de lo dispuesto en el voto de la Sala Constitucional 2008-12585 se anuló el acto de adjudicación. Que posterior a la anulación por existir un aparente empate entre los ahora adjudicatarios y el apelante se convocó a sorteo pero poco antes de que se realizara se presentó prueba en relación con una sanción impuesta a la apelante, por lo que el sorteo se realizó condicionado a la posterior valoración de esta sanción.. Que el apelante aceptó haber sido sancionado a finales del 2009. Que aún cuando el apelante no estaba sancionado al momento de presentar su oferta lo cierto es que el interés de la Administración no podía ser satisfecho plenamente si se contrata a alguien que no cumple con uno de los requisitos considerados como importantes, como el de no haber sido sancionado pues sostener que no puede valorarse una sanción posterior a la apertura de las ofertas implica un criterio demasiado formalista y peligroso para la función que se va a desempeñar, amén

de que existen otros oferentes que si cumplen. Que la valoración de la sanción no modifica el cartel. Que además el cartel establece que en caso de empate se dará prioridad a quienes no hayan sido sancionados y el apelante había sido sancionado por lo que aún cuando hubiera conservado la calificación se aplicaba el criterio de desempate señalado. Por lo anterior solicita se declare sin lugar el recurso. Bernal Castro Gutiérrez alega que fue sancionado hace más de diez años por lo que tal sanción prescribió y por eso en la certificación de la Dirección Nacional de Notariado no aparece ninguna sanción y por ello su nota es de 100. Que lo mismo sucede con el notario Maximiliano Víquez Rojas, por lo que el Banco actuó conforme al ordenamiento jurídico, cartel y reglas de la prescripción. Que conforme consta en el Boletín Judicial 221 del 13 de noviembre del 2009 el apelante resultó suspendido por lo que tiene una nota inferior. Que la actuación del Banco es legítima pues mal haría en adjudicar una plaza a un notario recientemente suspendido y que tal suspensión no ha prescrito por lo que pide se declare sin lugar la apelación y se confirme la adjudicación a su favor. La **Administración** licitante alega que reitera lo dicho en la respuesta al recurso del Lic. Luis Chen Mok en la que señala que existe un mandato expreso para el Banco de ponderar en cada caso si la sanción impuesta y certificada a un determinado notario supera o no el límite temporal de los diez años y en caso afirmativo no considerarla para efectos de calificación por su caducidad. Que partiendo de lo anterior en el caso de los oferentes Maximiliano Víquez Rojas y Bernal Castro Gutiérrez en el primer estudio de ofertas se les había calificado con 85 ya que tenían sanciones, pero en la nueva valoración se les asignó 100 puntos ya que para la fecha de la misma las sanciones contaban con más de 10 años de haber sido impuestas. Computar el plazo al 4 de octubre hubiese provocado una prolongación del hecho de más de diez años del plazo de las sanciones impuestas lo que sería un desacato a lo ordenado por la Sala Constitucional. Agrega que lo anterior también es válido para la situación contraria, esto es que si antes del dictado del acto final un oferente es sancionado, debe valorarse ello en la calificación, lo que le sucedió al recurrente según publicación del Boletín Judicial del 13 de noviembre del 009 y no pudo ignorar el Banco. Que al recibir una denuncia en el sentido anterior el Banco efectuó el sorteo con la reserva de valorar posteriormente los términos de la denuncia y concedió una audiencia al Lic. Chinchilla quien manifestó haber cumplido la sanción. Que el Banco consideró que en virtud de lo dispuesto por la Sala Constitucional y las disposiciones del cartel no podía ignorar la existencia de la sanción. Que la circunstancia de que se hubiera realizado el sorteo y que el apelante resultara favorecido no le concedía ningún derecho para efectos el dictado posterior del acto de adjudicación, primero porque se le debían rebajar 15 puntos y aún cuando no se le rebajase su oferta quedaría siempre en un segundo plano respecto de las ofertas de los adjudicatarios en aplicación del

criterio objetivo de preferencia para la adjudicación que establece el cartel de la licitación, en cuanto dispone que en casos de empate se dará prioridad a quienes no hayan sido sancionados. **Criterio para resolver:** En el caso estamos ante la misma situación señalada en el recurso del notario Chen Mok, en la cual se dispuso que sobre la aplicación del voto de la Sala Constitucional este Despacho considera que el mismo debe aplicarse en forma concordante con el criterio sostenido que se ha mantenido como jurisprudencia administrativa en el sentido de que la apertura de las ofertas constituye el momento en el cual las mismas deben contener los requisitos establecidos en el cartel y es con base en esta situación que las mismas van a ser valoradas y por ello, no comparte este Despacho el criterio del Banco en el sentido de que el cómputo de las sanciones debía hacerse al momento de valorar las ofertas, ya que en primer lugar esto no es lo que ordena la Sala Constitucional y además esta fecha no es una fecha cierta, predeterminada y que por ello, garantice los principios de igualdad y seguridad jurídica. Conforme con lo anterior, la disposición de la Sala debe aplicarse en el sentido de que, para el caso que nos ocupa, no se deben tomar en cuenta las sanciones ocurridas diez años antes de la fecha de apertura de las ofertas y la Administración tenía las certificaciones correspondientes para realizar tal valoración. Así las cosas en el presente caso siendo que los notarios Maximiliano Viquez Rojas y Bernal Castro Gutiérrez tienen sanciones en el año 1999 (ver hechos probados 17 y 18) el plazo de los diez años no se había cumplido al momento de la apertura de las ofertas -4 de octubre del 2007- y por ello las mismas debían considerarse para efectos de la valoración de las ofertas resultando irrelevante que se presentaran con posterioridad a esta fecha certificaciones que indicaban que no se tenían sanciones pues el Banco tenía los documentos necesarios, esto es las certificaciones presentadas con la oferta, para poder hacer la valoración conforme a los parámetros señalados. De igual forma este criterio resulta de aplicación para el caso de la valoración de la oferta del apelante, la cual debió valorarse conforme a la situación presentada al momento de la apertura de las ofertas, salvo que existiera una sanción pendiente y no se pudiera cumplir con el contrato en cuyo caso estaríamos ante un supuesto diferente, esto es, resolución del contrato por imposibilidad de cumplimiento pero este no es el caso pues la sanción ya ha sido cumplida(ver hecho probado 19). Así las cosas se declara con lugar el recurso para que la Administración realice nuevamente la valoración de las ofertas y determine la readjudicación conforme a las reglas del cartel. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84, 85 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa, y 180, 182 y 183 de su Reglamento, **se resuelve: 1)-Declarar con lugar**

los recursos de apelación interpuestos por los señores **Luis Eduardo Evora Castillo**, contra la adjudicación de la **zona #1**, **Luis Chen Mok**, contra la adjudicación de la **zona #15**, y **Francisco Chinchilla Navarro**, contra la adjudicación de la **zona #19**, de la **Licitación Pública 2007LN-004826-01**, promovida por el Banco de Costa Rica, para la contratación de servicios profesionales de notarios externos para las oficinas de dicha entidad bancaria, **adjudicada en la zona #1 a Carlos Alberto Echeverría Alfaro, Ingrid Lambert Miller, Lindy Viviana Acuña Benavides, Floria Quesada Jiménez, Jorge Alfonso Castro Corrales, Federico Martén Sancho, Eduardo Alvarado Salazar, Benjamín Gutiérrez Contreras, Jorge Campabadal Herrero y Ligia María Aguilar Arias**, en la **zona #15 a Rafael Alberto Ortiz Molina, Milton Arias Sánchez, y Jenaro Sánchez Arias**, y en la **zona #19 a Maximiliano Víquez Rojas y Bernal Castro Gutiérrez.**, **acto el cual se anula** en las líneas aquí dispuestas, excepto en el caso de la zona 15 que solo se anula la adjudicación recaída a favor del notario **Rafael Alberto Ortiz Molina.** **2)-Declarar sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por el señor **René García Arguello**, contra la declaratoria de infructuosidad de una de las plazas de la **zona #11** de la **Licitación Pública 2007LN-004826-01**, promovida por el **Banco de Costa Rica**, para la contratación de servicios profesionales de notarios externos para las oficinas de dicha entidad bancaria **acto el cual se confirma** en cuanto a este punto. De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, la presente resolución da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE. -----

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Lucía Gólcher Beirute
Gerente Asociada a.i.

Estudio y redacción: María de los Ángeles Calderón Ferrey

MCF/fjm

NN: 07459 (DJ-3105-2010)

NI: 7454, 7539, 7577, 8137, 9268, 9570, 9271, 9709, 9663, 9859, 10028, 10030, 10029, 10011, 10170, 10199, 10201, 10212, 10256, 10287, 10285, 10283, 10480, 10560, 10645, 10713, 10872, 11391, 12992, 13024, 13345, 13402, 13454, 13514, 13508, 13540 y 13817.

G: 2007003218-13