

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinario

23 de febrero, 2011
DCA-0473-2011

Señores
Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Ana María Lobo Calderón
Fiscalizadora Asociada

Asunto: *Criterio técnico en relación con diversos aspectos argumentados en recurso de apelación contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública 2010LN-000029-55300, promovida por el Ministerio de Educación Pública (MEP), cuyo objeto es la compra “Equipo y Programas de Computo (Microcomputadoras Portátiles y UPS)”*

Se da respuesta a su oficio DCA-0395 de fecha 16 de febrero pasado, mediante el cual requiere el criterio técnico de esta instancia en relación con diversos aspectos argumentados en recurso de apelación contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública 2010LN-000029-55300, promovida por el Ministerio de Educación Pública, para la adquisición de “Equipo y Programas de Computo (Microcomputadoras Portátiles y UPS)”.

La solicitud de criterio se plantea en los siguientes términos:

a) *La empresa apelante aporta las siguientes definiciones de “fabricante”:*

- *“Fabricar: producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos” (folio 15 del expediente de apelación).*
- *“Fabricante: cualquier persona física o jurídica responsable del diseño, fabricación, acondicionamiento y etiquetado de un equipo y material biomédico con la intención de ser comercializado bajo su propio nombre, sea que estas operaciones se efectúen por esa misma persona o por terceros por cuenta de aquella”^[1] (folios 18 y 19 del expediente de apelación).*
- *“Fabricante: toda persona física o jurídica que elabore, envase o fabrique en el país productos con la marca de una casa extranjera que lo haya autorizado para ello, usando la materia prima y las características que la casa indique”^[2] (folio 19 del expediente de apelación).*
- *“Otra gran diferencia entre un ensamblador y un fabricante es que el ensamblador no tiene patentes de invención y por lo tanto no diseña, caso contrario a un fabricante (...) quien diseña y por lo tanto tiene patentes de invención (...). El fabricante crea un producto. Para crear un producto el fabricante posee un grupo de investigación y diseño el cual se encarga de crear un producto con algunas*

particularidades que lo harán único” (folios 23 y 24 del expediente de apelación)

- *“Otro de los componentes principales de un computador es la tarjeta madre y acá si existe una gran diferencia entre un ensamblador y un fabricante, el fabricante incorpora elementos únicos de firmware en el BIOS, tarjetas de red, controladores de video, herramientas de software y drivers para el sistema operativo optimizados para su diseño que lo hacen únicos para sus equipos” (folio 24 del expediente de licitación)*
- *“El fabricante, quien además ensambla, también diseña, investiga y patenta sus invenciones” (ver folio 570 del expediente de apelación)*
- *“Ensamblar: unir, juntar, ajustar, especialmente piezas de madera” (folio 15 del expediente de apelación).*
- *“Ensamblar: unir dos piezas que forman parte de una estructura y han sido diseñadas para que ajusten entre sí perfectamente. Unir varias cosas que forman parte de una cosa compleja y organizada de un modo que queden bien trabadas o relacionadas entre sí”.
“Ensamblar: unir piezas haciendo encajar sus parte”.*

b) La Administración dice sobre el tema que:

- *“Al buscar la diferencia o similitudes entre manufacturas, producción y ensamble, en diversos diccionarios y en el de sinónimos y antónimos, aparece que es similar la utilización de los términos” (folio 233 del expediente de apelación).*

c) La empresa adjudicataria aporta las siguientes definiciones:

- *“Productor: toda persona física o jurídica que fabrique, importe o distribuya con fines comerciales cualquiera de los equipos incluidos en el anexo 1 del presente reglamento”^[3] (ver folio 278 del expediente de la apelación).*

Al respecto, solicitamos se refiera desde el punto de vista técnico a lo siguiente:

- 1) A partir de las definiciones anteriores establecer, si es posible, cuáles son los elementos constitutivos o definatorios de “fabricante”, desde la óptica de la fabricación de una computadora portátil, similar al objeto de la licitación que nos ocupa.*
- 2) Derivado de la respuesta anterior, establecer si existe y de ser así cuál es la diferencia entre ensamblador y fabricante de los equipos indicados.*

^[1] *Reglamento para el registro, clasificación, importación y control de equipo y material biomédico, decreto N° 34482-S, artículo 3.*

^[2] *Ley de protección al representante de casas extranjeras, artículo 1.*

^[3] *Reglamento para la gestión de residuos electrónicos, decreto ejecutivo N° 35933-S.*

De seguido se atienden las consultas en el orden que fueron planteadas.

En el punto 1) antes transcrito se solicita emitir criterio tomando en consideración las citas aportadas por las partes, esta instancia técnica estima pertinente realizar algunos comentarios sobre dichas definiciones relativas a la fabricación de microcomputadoras.

Sobre el particular, debe señalarse que los procesos fabriles, y por ende las definiciones de “fabricar” y “fabricante”, son muchas y muy variadas lo cual dificulta a una definición detallada que aplique por igual a todos ellos. Así las cosas, en busca de una definición genérica, se acude al diccionario de la Real Academia Española, que señala como primera definición del término “fabricar”, la mencionada por el recurrente a folio 15 del expediente de apelación, a saber:

“Fabricar: producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos”

Es así como a partir de la anterior definición general, se pueden dar variantes aplicables a las distintas disciplinas, tal y como se manifiesta en algunas de las citas que se analizarán a continuación.

En cuanto a la definición antes citada, bien podría considerarse que contiene una característica de los fabricantes de microcomputadoras portátiles, ya que su producción por lo general está dirigida al consumo masivo, lo que implica que la producción de dichos dispositivos es generalmente en serie. En cuanto a la utilización de medios mecánicos, ésta también es una característica de la producción en serie de microcomputadoras portátiles.

Por su parte a folios 18 y 19 del expediente de apelación consta la siguiente definición:

“Fabricante: cualquier persona física o jurídica responsable del diseño, fabricación, acondicionamiento y etiquetado de un equipo y material biomédico con la intención [sic] de ser comercializado bajo su propio nombre, sea que estas operaciones se efectúen por esa misma persona o por terceros por cuenta de aquella”.

Esta definición si bien está orientada a la fabricación de un tipo de bien particular que es el equipo y material biomédico con la intención de que sea comercializado bajo su propio nombre, hace mención a pasos o procesos que pueden ser identificados en la cadena de fabricación de un microcomputador portátil. Así, se tiene que el proceso de diseño es parte de la fabricación de un microcomputador, por cuanto la producción de microcomputadores debe estar respaldada en un proceso de diseño; no es factible que para la fabricación de un equipo técnicamente tan complejo no exista tal diseño.

Adicionalmente, un aspecto que debe recalarse es que la indicación de que las “operaciones se efectúen por esa misma persona o por terceros por cuenta de aquella”, es una característica común en los fabricantes actuales, de manera que muchos de los dispositivos que forman parte del microcomputador portátil, no necesariamente son de la marca que respalda el producto final, sin que ello implique o de elementos para decir que el fabricante que ampara la marca del computador portátil, no es el fabricante de dicho computador.

La siguiente definición se observa también a folio 19 del expediente de apelación:

“Otra gran diferencia entre un ensamblador y un fabricante es que el ensamblador no tiene patentes de invención y por lo tanto no diseña, caso

contrario a un fabricante (...) quien diseña y por lo tanto tiene patentes de invención (...). El fabricante crea un producto. Para crear un producto el fabricante posee un grupo de investigación y diseño el cual se encarga de crear un producto con algunas particularidades que lo harán único”.

Como se indicó en líneas anteriores todo microcomputador necesariamente pasó por un proceso de diseño debido a que no es factible su fabricación sin un diseño previo. En cuanto al alcance del término patente de invención, se advierte que este es un concepto jurídico, sin embargo esta instancia técnica conoce que es factible que un fabricante de microcomputadoras utilice las patentes de terceros, cubriendo los derechos correspondientes; razón por la cual, salvo criterio jurídico en contrario, considera que el tener patentes de invención no es una característica definitoria de un fabricante.

Otro aspecto de la cita anterior, es que se afirma que el “*fabricante posee un grupo de investigación y diseño*”, sin embargo, es posible que en un fabricante de microcomputadores utilice los resultados de investigación y diseño de terceros, sin que por ello deje de ser un fabricante de microcomputadoras, razón por la cual esta característica tampoco es definitoria de un fabricante.

En cuanto a la definición que consta a folio 24 del expediente de licitación:

Otro de los componentes principales de un computador es la tarjeta madre y acá si existe una gran diferencia entre un ensamblador y un fabricante, el fabricante incorpora elementos únicos de firmware en el BIOS, tarjetas de red, controladores de video, herramientas de software y drivers para el sistema operativo optimizados para su diseño que lo hacen únicos para sus equipos.

Como se indicó en nuestro criterio DCA-0720-2010, existen una serie de fabricantes de dispositivos, los cuales son vendidos a fabricantes de microcomputadoras portátiles, que a su vez los incorporan en sus equipos, mismos que luego son mercadeados con las marcas y logos característicos del fabricante de microcomputadoras. Así tenemos fabricantes entre otros de, tarjetas madre, procesadores, tarjetas de red, controladores de video, herramientas de software, drivers y BIOS, que venden sus productos a diversos fabricantes de microcomputadoras portátiles. El hecho de que un fabricante de microcomputadoras utilice los citados elementos desarrollados por un tercero, no lo hace perder su condición de fabricante.

La siguiente definición se observa a folio 570 del expediente de apelación:

El fabricante, quien además ensambla, también diseña, investiga y patenta sus invenciones.

Respecto a esta cita, en criterio de esta instancia que un fabricante que no realice directamente algunas de ellas, o inclusive todas, no pierde su condición de fabricante, porque como lo hemos indicado en párrafos anteriores, es factible que contrate a terceros para realizarlas, o bien que adquiera los derechos para utilizar las patentes de terceros, conservando en consecuencia su condición de fabricante de microcomputadoras.

A folio 233 del expediente de apelación la Administración indica lo siguiente:

Al buscar la diferencia o similitudes entre manufacturas, producción y ensamble, en diversos diccionarios y en el de sinónimos y antónimos, aparece que es similar la utilización de los términos.

Al respecto, se considera que la Administración lleva razón ya que en un contexto general los tres términos, manufactura, producción y ensamble, son similares, tal y como fue verificado en los diccionarios de sinónimos y antónimos de la editorial Océano y el diccionario de sinónimos y antónimos de la profesora María Llorens Camp.

Finalmente en el folio 278 del expediente de apelación se observa la siguiente definición a partir del “Reglamento para la gestión integral de los residuos electrónicos”:

Productor: toda persona física o jurídica que fabrique, importe o distribuya con fines comerciales cualquiera de los equipos incluidos en el anexo 1 del presente reglamento.

La citada definición es muy general y aporta poca luz sobre el tema de la consulta. Al respecto, el artículo 2 de ese reglamento indica que su ámbito de aplicación son los equipos y dispositivos importados, ensamblados o fabricados en el territorio nacional que se describen en el anexo 1 de dicho reglamento. Cabe señalar, que en el mencionado anexo se incluyen computadoras portátiles y de escritorio, pero no establece esa norma el significado de los términos “ensamblados” o “fabricados”.

Del análisis de las citas anteriores y enfocándose en la fabricación de computadoras portátiles similares a las que se están adquiriendo en la licitación pública 2009LN-000047-55500 se desprende lo siguiente:

- 1) Que no hay una definición unívoca del término fabricante, siendo éste un término genérico y muy amplio que cubre, como por ejemplo, según lo indica el artículo 1 de la Ley de Protección a Representantes de Casas Extranjeras, desde el simple hecho de envasar un producto, con la marca de una casa extranjera, sin elaborados procesos de transformación de materias primas, hasta procesos sumamente elaborados y complejos, como lo es la fabricación o ensamblaje de un computador.
- 2) Que a partir de una definición genérica, un fabricante sería aquella persona física o jurídica quien siguiendo un diseño específico integra una serie de componentes físicos y/o lógicos (proceso de ensamblado), dando origen a un producto completamente nuevo, al cual respalda con su marca y la respectiva garantía.
- 3) Que en cuanto a microcomputadoras portátiles, un fabricante sería aquella persona física o jurídica, que lleva a cabo por cuenta propia, o a través de terceros, procesos de diseño y ensamblado, para obtener como producto final, un microcomputador portátil debidamente funcional. Lo anterior implica, como ya se dijo, que deben realizarse procesos de diseño, por cuenta propia o por terceros especializados, así como que para realizar el proceso de ensamblado se desarrollarán o adquirirán todos los dispositivos necesarios (software, hardware, firmware) según el diseño. Finalmente el producto acabado, será respaldado por una marca y una garantía.
- 4) Aunado a lo anterior, es necesario indicar que un fabricante realiza una serie de procesos para asegurar el cumplimiento de normas de calidad y otros estándares de la industria.

En cuanto a la pregunta 2) que refiere a si existe diferencia entre ensamblador y fabricante de los equipos indicados, esta instancia procedió a considerar las definiciones de ensamblar aportadas en la solicitud y a partir de lo analizado en nuestro DCA-0720-2010 y de lo ya discutido en el presente criterio, concluye que todo fabricante de microcomputadoras portátiles es ensamblador, ya sea que lo haga directamente o que contrate los servicios de terceros para ello. Ahora bien, dado que los procesos de ensamblado se pueden llevar a cabo en cualquier punto de la cadena productiva de un microcomputador, no se puede afirmar que ambos términos sean equivalentes, sin embargo, si un ensamblador lleva a cabo un proceso que da como resultado un microcomputador portátil con todas las características funcionales del mismo, al cual respalda con su marca propia y garantía de fábrica, ese ensamblador sería el fabricante de esas microcomputadoras portátiles. Caso contrario, sería un fabricante de sus componentes.

Atentamente,

Licda. Laura María Chinchilla Araya
Asistente Técnica

Mati. Héctor Picado Venegas
Fiscalizador

Estudio y redacción: Mati. Héctor Picado V.

HPV/PJG/LMCA
G: 2010001629-6