

R-DCA-348-2015

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas veinte minutos del siete de mayo del dos mil quince.-----

Recurso de objeción interpuesto por el **Colegio de Terapeutas de Costa Rica** en contra de las aclaraciones al cartel de la **Licitación Pública No. 2014LN-000001-2307**, promovida por el Hospital William Allen Taylor (Caja Costarricense del Seguro Social) para la “adquisición de prótesis auditivas”.-----

RESULTANDO

I. Que el Colegio de Terapeutas de Costa Rica, S.A, presentó en fecha 22 de abril del dos mil quince, recurso de objeción en contra de las aclaraciones del referido cartel, publicadas en la Gaceta No. 74 del viernes 17 de abril del dos mil quince.-----

II. Que mediante auto de las diez horas cincuenta minutos del veinticuatro de abril del año dos mil quince, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso interpuesto y para que remitiera copia del cartel del concurso. La Administración atendió en tiempo la audiencia concedida mediante oficio DG-HWAT-348-2015.-----

III. Que en el procedimiento se han observado la disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.- Sobre la legitimación del Colegio de Terapeutas de Costa Rica para la interposición del recurso de objeción ante esta sede. El objetante manifiesta que interpone el recurso de objeción con sustento en el artículo 6 de la Ley No.8989 en la que se indica que corresponde a dicho colegio velar por los derechos de los agremiados y por el cumplimiento de la obligatoriedad de la incorporación para el ejercicio de la profesión. **Criterio de la División.** El artículo 82 de la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regulan, entre otros aspectos, lo referente a la legitimación necesaria para la interposición de un recurso de objeción contra el cartel, en los procedimientos de contratación administrativa. En lo que interesa dispone el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: “(...) *Este recurso podrá ser interpuesto por cualquier potencial oferente, o su representante, del bien, servicio u obra requerido. También podrá interponer el recurso de objeción cualquier entidad legalmente constituida para la defensa de los intereses de la comunidad en donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos. / En el escrito de objeción deberá argumentarse sobre la legitimación al menos sucintamente, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto*”

del concurso, y en el caso de agrupaciones, la repercusión directa de la contratación sobre el núcleo de intereses que representan. Las agrupaciones, ya sean territoriales o de otra índole, podrán cuestionar únicamente aquellas condiciones cartelarias que afecten los intereses de la agrupación (...)". Del extracto normativo anterior se desprende que ostenta legitimación para interponer un recurso de objeción tanto los potenciales oferentes –quienes dentro de su escrito de interposición deben hacer referencia a la relación existente entre su actividad y el objeto contractual- y cualquier agrupación, legalmente constituida en defensa de los intereses que representa. En el caso de cita, tal como lo ha indicado en otras oportunidades esta Contraloría General respecto al concepto de las agrupaciones gremiales y su repercusión directa sobre los intereses que representan (al respecto, la resolución R-DCA-362-2014 de las quince horas y treinta minutos del dos de junio del dos mil catorce así como la R-DCA-510-2014 de las diez horas del treinta de julio del dos mil catorce), la legitimación que ostenta el Colegio de Terapeutas de Costa Rica para objetar un pliego cartelario en nombre de sus agremiados obedece a que esta agrupación es la entidad encargada de responder y velar por los intereses colectivos de sus miembros, siendo entonces también cierto que les corresponde la defensa de los derechos de los incorporados, que ante cláusulas lesivas o contrarias a su configuración gremial puedan verse afectados (artículos 1 y 2 de la Ley No. 8989). En ese sentido, se trata de un ente público no estatal (artículo 4 de la Ley No. 8989), debidamente constituido para velar por el ejercicio correcto de las profesiones definidas en el artículo 1 de esa Ley, en beneficio de los intereses de la población demandante de dichos servicios profesionales y a su vez, actuar en defensa de los intereses profesionales de sus miembros (artículo 2 incisos a y d de la Ley No. 8989). De ahí entonces que, siendo que el Colegio de Terapeutas de Costa Rica presenta dentro de sus fines la defensa de los derechos de sus agremiados y regula el ejercicio profesional en tutela de la población que recibe estos servicios; entiende esta División que la organización de repetida cita, se configura para los efectos de este procedimiento de contratación como una agrupación para la defensa de intereses gremiales que encuentran relación directa con el objeto de la presente contratación. De tal forma que ostenta legitimación suficiente para objetar aquellas cláusulas del pliego sobre los cuales demuestre que se estarían afectando los intereses de la agrupación.-----

II.-Sobre el fondo del recurso: 1) Sobre las especificaciones técnicas del profesional en Audiología. La objetante señala que en el punto cuarto del apartado de especificaciones

técnicas, el pliego de condiciones dispone que el profesional en audiología deberá estar inscrito en el Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica o ante el Colegio de Terapeutas. Añade que de esta redacción del cartel, se desprende una equiparación entre audiólogos inscritos y autorizados por ambos colegios profesionales, siendo que los inscritos en el Colegio de Médicos y Cirujanos no son profesionales propiamente sino tecnólogos, lo que implica, según su dicho, que estos últimos, únicamente puedan laborar bajo la supervisión de un profesional de conformidad con el Acuerdo No. 2012-09-19 de la Junta de Gobierno del Colegio de Médicos y Cirujanos. Agrega que admitir la participación de ambos como potenciales oferentes, es tolerar un ejercicio ilegal de la profesión de audiología, la cual se encuentra regulada como una profesión colegiada por la Ley 8989 y expresamente dispone en los numerales 42 y 43 que para el ejercicio pleno de sus facultades, es deber estar incorporado al Colegio de Terapeutas. La Administración se allana a lo solicitado por el objetante, en el sentido de modificar parcialmente el contenido cartelario del apartado de especificaciones técnicas, sustituyendo el término “profesional” por “audiólogo”, de forma que se lea: “...*adaptación y controles de las prótesis auditivas por parte del contratista, debe ser realizada por una **Audiólogo** incorporado en el Colegio de Terapeutas o por un **audiólogo** incorporado en el Colegio de Médicos...*” (el resaltado no es del original). No obstante, realiza la aclaración de que actualmente, de conformidad con la normativa vigente del Colegio de Médicos, no es necesaria la supervisión del técnico en audiología por parte de un médico, siendo que además, según el interés público que pretenden satisfacer, es cumplido a cabalidad con la actuación tanto del tecnólogo como del profesional. Criterio de la División. El recurso de objeción en nuestro ordenamiento, conforme las reglas establecidas en los artículos 82 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 de su Reglamento, se encuentra dispuesto para que los potenciales oferentes remuevan del respectivo pliego de condiciones, aquellas cláusulas que resulten lesivas a la participación o bien a otros principios de la contratación administrativa, así como cuando contenga disposiciones que atente contra normas de procedimiento o el ordenamiento jurídico en general. Ahora bien, en el presente caso el objetante pretende, mediante la interposición del recurso, que se distinga entre profesionales y tecnólogos siendo que los primeros son los que libremente pueden ejercer mientras que los segundos requieren de supervisión médica adicional. Agrega el recurrente que, permitir que bachilleres en audiología inscritos ante el Colegio de Médicos es tolerar un ejercicio ilegal de la profesión, siendo que los artículos 42 y

43 de la Ley No. 8989 o Ley del Colegio de Terapeutas expresamente señalan como requisitos para el ejercicio profesional, el estar incorporados al Colegio de Terapeutas. Al respecto, este órgano contralor considera que el tema debe resolverse en los términos que ha dispuesto el legislador para el ejercicio de estas profesiones. En ese sentido, se aprecia de una lectura de la Ley No. 8989 existe una habilitación para ejercer incorporado ante cualquier de los dos colegios profesionales. En ese sentido, el artículo 8 de la misma ley, ha dispuesto lo que sigue para el ejercicio profesional: *“Los profesionales que cuenten con título universitario en las áreas de Terapia Física, Terapia del Lenguaje, Terapia Ocupacional, Terapia Respiratoria y Audiología **deberán pertenecer al Colegio de Terapeutas o al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, o a ambos, a elección personal**”* (el resaltado no es del original). Ahora bien, aunado a la indicación expresa de la citada norma, estima este órgano contralor que ciertamente la Ley No. 8989 regula el ejercicio profesional de los audiólogos, pero en este caso no se ha desvirtuado cómo esa misma ley inhabilitó el ejercicio profesional de los audiólogos inscritos en cualquiera de ambos colegios. Tampoco ha logrado explicar en su recurso cuál es la diferencia en la formación o en las regulaciones profesionales de cada uno de ellos que obligue hacer una diferenciación en el cartel. En este caso, se echa de menos en el recurso, el análisis de la normativa que sustente precisamente la imposibilidad legal de que los audiólogos que reconoce inscritos ante el Colegio de Médicos y Cirujanos ejerzan también esta profesión, como se desprende del artículo 8 de la Ley 8989 antes citado. De esa forma, no puede distinguir esta Contraloría General dónde el legislador no lo hizo, a lo que debe agregarse que el Colegio no ha logrado explicar en qué consiste la diferencia y por ende la eventual lesión al interés público. No se pierde de vista que la norma legal regula el ejercicio profesional, pero comparte esta Contraloría General con la Administración que la normativa actual permite el ejercicio libre (sin supervisión adicional por parte de otros médicos), por lo que no se constituye en imposibilidad legal de ejercer esa profesión. Es por ello que, procede declarar parcialmente sin lugar el recurso, en tanto de una revisión de las normas, no se desprende la violación a principios propios de contratación administrativa ni tampoco se ha logrado demostrar que exista una inhabilitación al ejercicio propio de la audiología. Siendo además que el recurso no logra dimensionar que la redacción del pliego cartelario coarte la participación en el concurso, sino que se reduce a un tema de técnica legislativa que no forma parte de la discusión ante el presente despacho. No obstante, siendo que la Administración

aceptó la modificación parcial de la cláusula, ampliando la posibilidad de participación a profesionales y tecnólogos, aunque no respecto a la diferenciación que pretende el objetante entre colegios profesionales, es que esta Contraloría General estima que lo que procede es **declarar parcialmente sin lugar** este punto del recurso. **2) Sobre las condiciones administrativas del profesional en audiología.** El objetante indica que el apartado sobre Condiciones Administrativas del pliego cartelario dispone que la casa comercial siempre debe contar con un profesional en audiología para atender y llevar el respectivo control de los pacientes, en horario de oficina, es decir, de lunes a viernes de 8 a 16 horas. Añade que al igual que en la sección de especificaciones técnicas, el cartel no realiza la debida diferencia en cuanto a los profesionales inscritos en el Colegio de Médicos y Cirujanos o en el Colegio de Terapeutas, sino que está anuente a la participación de ambos, siendo que sólo los pertenecientes a este último colegio son profesionales, mientras que los otros son tecnólogos que, si bien pueden ejercer, sólo lo pueden hacer bajo la supervisión de un profesional que se encuentre en el sitio de manera permanente. Manifiesta la Administración su oposición al punto incoado, en el tanto, tal como lo señaló en el punto anterior, la normativa vigente del Colegio de Médicos y Cirujanos autoriza el ejercicio de la profesión sin necesidad de un médico que supervise su labor, siendo entonces que tanto los inscritos ante el Colegio de Médicos y Cirujanos como los del Colegio de Terapeutas pueden ejercer y ser potenciales ganadores del concurso de marras. No obstante, para disminuir la polémica generada por la objetante en esta oportunidad como en versiones anteriores, parcialmente modifica la cláusula de forma que se entienda “audiólogo” y no “profesional” en la redacción de la misma, lo que amplía la oportunidad de que tanto tecnólogos como profesionales puedan participar en el concurso. **Criterio de la División.** Observa este órgano contralor de la lectura de los argumentos objetados por la recurrente, que los mismos no corresponden a temas propios de la aclaración cartelaria, sino a aspectos propios del cartel original, por lo que su planteamiento debió realizarse en el momento procesal oportuno, por lo que este punto se encuentra precluido y por esa razón el argumento debe ser rechazado de plano. No obstante, sobre este punto, vale la pena mencionar que el instituto de la preclusión tiene por objeto la concentración del procedimiento para evitar la dispersión de actos procesales, siendo imperativo para las partes la argumentación y su debida probanza en el momento oportuno, evitando reabrir discusiones que debieron haberse discutido en etapas anteriores. Es por tanto la preclusión la pérdida o

extinción de una facultad procesal, que se centra en consumir y clausurar en forma definitiva cada una de las etapas en el momento correspondiente. Tomando en consideración lo expuesto, se puede concluir que recae bajo responsabilidad del gestionante que alega una determinada situación, esgrimirla en el momento procesal oportuno, bajo el agravante que de no hacerlo así, pierde la posibilidad de invocar su argumento en la posterioridad. En ese sentido, se tiene que la cláusula cartelaria no ha sufrido modificación desde el cartel original, por lo que si se toma en cuenta la invitación a participar al concurso (01 de julio del año 2014) hasta la recepción de ofertas actual (30 de abril del 2015), se tiene que median 199 días hábiles, lo que implica que el momento procesal oportuno para objetar dicha cláusula, de conformidad con el artículo 170 RLCA, tuvo lugar hasta el 06 de octubre del año 2014, siendo entonces que a este momento, se encuentra extemporánea la discusión. No obstante, la Administración decidió allanarse a la pretensión del recurrente, siendo que modificó parcialmente lo establecido en la cláusula cartelaria, para lo cual dispuso que: “... *para efectos nuestros y de la contratación que pretendemos consolidar, es igual de útil en función del interés público que el Audiólogo se encuentre avalado por un Colegio u otro*” (folio 46 vuelto del expediente de objeción)”. Sobre el punto, estima este órgano contralor que efectivamente lo relevante es que la Administración respete en fase de ejecución las regulaciones normativas legales o reglamentarias, así como la normativa emitida por el respectivo colegio profesional para sus agremiados. No obstante, ello no implica de modo alguno que deba restringirse la participación suponiendo que existen riesgos de incumplimientos en fase de ejecución. Por lo demás, de una lectura de integral de las normas de la Ley 8989 o Ley Orgánica del Colegio de Terapeutas (principalmente el artículo 8), ambas opciones son factibles para efectos de participación en este concurso. Por lo que viene dicho, lo que procede es **rechazar de plano** lo correspondiente a este extremo del recurso, en la medida que se trata de una objeción extemporánea. **3) Sobre la fiscalización del contrato:** Manifiesta el objetante que la cláusula cartelaria referida al control de la presente contratación, nombra al Dr. Gilbert Guevara Villegas como encargado de la parte técnica. Añade que la razón por la que objeta responde a que una versión previa de la misma licitación –con fecha 15 de octubre del 2014- había designado para la fiscalización de la contratación a la Bach. Wendy Melissa Méndez Ramírez, profesional que, a su dicho, se constituye más apta para la consecución del interés general ya que el audiólogo es el profesional idóneo para la prescripción y adaptación de los dispositivos de ayuda para la

salud auditiva, no así el doctor especialista en otorrinolaringología. Adiciona que el cambio de nombramiento atenta contra el principio de eficiencia de la contratación administrativa. Rechaza la Administración el criterio del recurrente en el tanto la designación del control y administración del contrato, es un aspecto discrecional y propio de su competencia, siendo que es ella quien posee el conocimiento técnico y administrativo suficiente para identificar al profesional idóneo para el puesto, de conformidad con el interés público que persigue. Adiciona que esta escogencia no violenta ningún principio constitucional o de contratación administrativa, siendo que además es parte de sus potestades el determinar el funcionario que brinde la mejor atención a los pacientes. Agrega que además, el doctor Guevara cuenta con facultades técnicas y administrativas para realizar la función encomendada, por lo que mantiene invariable el contenido de la cláusula cartelaria. **Criterio de la División.** Analizada la argumentación de las partes, este órgano contralor observa que el mismo objetante reconoce que se trata de un tema propio de un pliego cartelario anterior, siendo además que el plazo máximo que tenía para objetar, al momento de la presentación del actual recurso, se encuentra debidamente precluido. Es por ello que, procede el rechazo de plano del recurso en este extremo. No obstante, no deja de lado este órgano contralor que es facultad discrecional de la Administración, la escogencia del personal idóneo de fiscalización y control, siendo en este caso un tema de ejecución contractual y de alcances operativos; por lo que no se aprecia que la definición de uno u otro profesional represente una violación del ordenamiento jurídico. Encuentra entonces este órgano contralor, que también en este caso procede **declarar sin lugar el recurso**, en la medida que la definición del personal encargado de la fiscalización, es una prerrogativa de la Administración y no existe un impedimento normativo para que la cláusula impugnada se mantenga.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 170, 171 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) Declarar parcialmente sin lugar** el recurso de objeción interpuesto por el **Colegio de Terapeutas de Costa Rica** en contra de las aclaraciones al cartel de la **Licitación Pública No. 2014LN-000001-2307**, promovida por el Hospital William Allen Taylor (Caja Costarricense del Seguro Social), para la “adquisición de

prótesis auditivas". **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFIQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora

SZF/chc
NI: 10296, 11174
NN: 6419 (DCA-1053)
Ci: Archivo central
G: 2014001975-5