

R-DCA-1047-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas del veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.-----

DILIGENCIAS DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN E INCIDENTE DE NULIDAD ABSOLUTA

CONCOMITANTE interpuestas por la empresa **TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.** y por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD** en contra de la resolución **R-DCA-1004-2016** de las doce horas treinta y nueve minutos del trece de diciembre de dos mil dieciséis, emitida por esta División de Contratación Administrativa, por medio de la cual se resolvieron los recursos de objeción interpuestos por dichas empresas, en contra del cartel del Concurso 002-2016 del Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) SUTEL-BNCR promovido por el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA** en calidad de Fiduciario promovido por la Superintendencia de Telecomunicaciones, para la "Contratación para proveer acceso a los Servicios de Voz y el acceso desde una ubicación fija, al servicio de Internet a todas las comunidades de los Distritos de Savegre y Naranjito del cantón de Aguirre, provincia de Puntarenas, y los servicios de voz e internet, desde una ubicación fija a los Centros de Prestación de Servicios Públicos ubicados en estas comunidades, con aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.-----

RESULTANDO

I. Que mediante la resolución R-DCA-1004-2016 de las doce horas treinta y nueve minutos del trece de diciembre de dos mil dieciséis, esta División de Contratación Administrativa rechazó de plano por extemporáneos los recursos de objeción interpuestos por la empresa Telefónica de Costa Rica TC S.A. y por el Instituto Costarricense de Electricidad en contra del cartel del concurso SUTEL-BNCR No. 002-2016 promovido por el Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones.-----

II. Que dicha resolución fue notificada por vía fax a la empresa Telefónica de Costa Rica TC S.A el día catorce de diciembre del dos mil dieciséis.-----

III. Que dicha resolución fue notificada al Instituto Costarricense de Electricidad vía correo electrónico el catorce de diciembre del dos mil dieciséis.-----

IV. Que mediante escrito presentado ante esta Contraloría General de la República el dieciséis de diciembre del dos mil dieciséis, la empresa Telefónica de Costa Rica TC S.A. interpuso diligencias de adición y aclaración e incidente de nulidad absoluta concomitante en contra de lo

resuelto por esta División de Contratación Administrativa en la citada resolución R-DCA-1004-2016.-----

V. Que mediante escrito presentado ante esta Contraloría General el diecinueve de diciembre del dos mil dieciséis, el Instituto Costarricense de Electricidad interpuso diligencias de adición y aclaración y nulidad concomitante en contra de lo resuelto por esta División de Contratación Administrativa en la citada resolución R-DCA-1004-2016.-----

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

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA NORMATIVA APLICABLE: El artículo 169 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) permite a las partes solicitar las aclaraciones o adiciones a las resoluciones que emita la Contraloría General de la República, en los siguientes términos: *“Dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que resuelva un recurso de objeción, apelación o revocatoria, las partes podrán solicitar las aclaraciones o adiciones que consideren pertinentes para la correcta comprensión de lo dispuesto por la Contraloría General de la República o la Administración, según sea el caso. Por medio de estas diligencias sólo se podrán corregir errores materiales, precisar términos del pronunciamiento, subsanar omisiones o correcciones que presente la resolución, sin que sea posible variar lo resuelto.”* Al respecto, por medio de la resolución No. R-DCA-497-2014 de las diez horas del veinticuatro de julio del dos mil catorce, se indicó lo siguiente: *“Según ha expuesto este Despacho en anteriores oportunidades, **las diligencias de adición y aclaración (previstas en el numeral 169 Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), están referidas a aclarar o adicionar aspectos ambiguos u omisos de una resolución, sea en la parte resolutive o aquellas considerativas que apoyen o den fundamento a esa parte resolutive, las cuales deben ser presentadas dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación de la resolución.** Esta conceptualización se enmarca dentro de lo dispuesto por nuestra Sala Constitucional, en su Voto No. 485-94 de las dieciséis horas del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro. Por otra parte, cabe señalar que esta División mediante resolución R-DCA-043-2006 de las 9:30 horas del 23 de febrero de 2006, indicó: “Una gestión de adición y aclaración **no puede conllevar a que se modifique la parte sustantiva de la resolución dictada a la que haga referencia, de lo contrario se caería en la creación***

*de situaciones de incerteza jurídica en clara violación, del dictado de la justicia pronta y cumplida. Este tipo de recursos se dirige contra una resolución determinada por distintos motivos, siendo uno que alguna de sus líneas sea oscura o ambigua. Así, es posible ampliar o aclarar lo que se hubiese omitido considerar, teniéndose en cuenta que las aclaraciones, ampliaciones o corrección de errores materiales, deben ser de tal naturaleza que no alteren lo sustancial de la decisión, pues lo contrario implicaría admitir que el juez puede variar las conclusiones de litigio sometido a su conocimiento". Es claro entonces que por la vía de la adición y aclaración no se abordan **temas de fondo** para su modificación sustantiva, y cualquier solicitud de parte tendiente a ese fin, debe tenerse desde ya por rechazada de plano, incluso si formalmente se pretende hacer ver por parte del interesado como adición y aclaración, cuando un análisis de fondo permite concluir que no lo es. Esta es la filosofía que existe en el artículo 169 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al expresarse que por medio de estas diligencias sólo es posible corregir errores materiales de la respectiva resolución, precisar términos del pronunciamiento o bien subsanar omisiones de esta, pero no se encuentra dirigida para obtener la modificación de lo resuelto por el fondo". (El destacado es propio). De frente a dichas consideraciones, este Despacho procede a analizar las gestiones presentadas. -----*

II. SOBRE LA DILIGENCIAS DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN PRESENTADAS. i) Telefónica de Costa Rica TC S.A. Manifiesta la gestionante que el recurso de su representada se presentó dentro del plazo legal conferido, en virtud de los asuetos de los días 24 y 25 de noviembre del año en curso, siendo que el plazo vencía el 29 de noviembre y no el 28 de noviembre, todos del año 2016. Indica que el rechazo por extemporáneo por parte de la Contraloría General lesiona el principio de confianza legítima, con el agregado que ellos mediante correo electrónico consultaron la fecha de vencimiento del plazo para la presentación del recurso de objeción al Cartel. Indica que interpone incidente de nulidad absoluta, porque no se verificaron los supuestos establecidos por la Ley para el rechazo de plano del recurso de objeción interpuesto contra el cartel. Manifiesta que se lesionó el principio de confianza legítima, en tanto un funcionario público de la propia entidad que promovió la licitación, indujo a error a su representada sobre los plazos de presentación de los recursos de objeción. Considera que se debe aplicar el principio in dubio pro actione, seguridad jurídica, publicidad y buena fe para atender el recurso presentado. **Criterio de la División:** En primer lugar debe tener presente la

recurrente que el instituto de las diligencias de adición y aclaración reguladas en el mencionado artículo 169 del RLCA deben ser entendidas como un mecanismo procesal a través del cual las partes de un proceso solicitan a esta Contraloría General de la República que aclaren o adicionen resoluciones emitidas por este Despacho y que estiman las partes, son oscuras o incompletas. Así las cosas, no resulta procedente, como lo pretende la gestionante, a través de esta figura proceder a anular una resolución y/o que se declare con lugar un recurso de objeción que fue resuelto por este órgano contralor mediante la resolución que se pretende adicionar. Ahora bien, indica la gestionante que el fiduciario la indujo a error al responder por medio de correo electrónico que la fecha límite para presentar aclaraciones sería el 25 de noviembre de 2016. En primer lugar, resulta importa indicar que según se observa de la documentación que aporta la gestionante, ésta le consultó al fiduciario cual era la fecha de vencimiento del plazo para presentar "aclaraciones", lo cual es un instituto jurídico distinto al del recurso de objeción. Ahora bien, aún y cuando pudieran equiparse ambos institutos, lo cierto es que la gestionante tenía el deber de conocer el momento o plazo máximo en que debió presentar el recurso de objeción no siendo una responsabilidad del fiduciario indicarle expresamente dicha fecha, en tanto los potenciales oferentes si desean presentar un recurso de objeción, tienen la responsabilidad de efectuar el cómputo correcto de los plazos para que sus recursos puedan ser considerados como interpuestos en tiempo. Así las cosas, la indicación realizada por el fiduciario no excluye en forma alguna, la obligación que tenía la recurrente de conocer y realizar de manera adecuada el cálculo correcto de los plazos para interponer el recurso de objeción, para lo cual contaba con la información necesaria, es decir publicación en un diario de circulación nacional de la invitación a presentar ofertas y la fecha máxima para presentarlas, o en su defecto de no contar con esta publicación bien pudo solicitar esta información al fiduciario, en tanto se trata de información que todos los interesados pueden conocer. Ahora bien, en la resolución R-DCA-1004-2016 en mención, esta Contraloría General de la República fue clara al respecto del cómputo de los plazos para interponer el recurso indicándose en lo de interés: *"(...) De esta manera, se tiene que la publicación de la invitación a participar en el concurso 002-2016 se publicó en el Diario La Nación del viernes veintiocho de octubre del dos mil dieciséis, en tanto que la fecha de apertura se estableció por parte del Fiduciario para el día veinte de enero del dos mil diecisiete, según indica en el cartel del concurso aportado por la Administración será el día 20 de enero de 2017 (página 54 del cartel), por lo que deben computarse para*

el caso de análisis, cincuenta y ocho días hábiles en total para la recepción de ofertas. Conviene precisar que en el plazo anterior no se han considerado los días veinticuatro y veinticinco de noviembre, toda vez que la Presidencia de la República declaró asueto los días veinticuatro y veinticinco de noviembre para el sector público con motivo de la inminente llegada del huracán Otto, comunicado a través del Decreto Ejecutivo número 40025-MGP emitido el veintitrés de noviembre del año en curso, y que fue debidamente acatado por el Banco Nacional según fue confirmado mediante oficio DFE-2688-2016 de fecha seis de diciembre de dos mil dieciséis. En ese orden, el tercio del plazo dispuesto por la norma lo constituyen diecinueve días hábiles cumplidos el veintiocho de noviembre (...)". No obstante lo anterior, nuevamente se le hace ver a la gestionante que dado que la fecha de publicación de la invitación fue el 28 de octubre de 2016 y que la fecha de apertura de ofertas es el 20 de enero de 2017, debe contarse un total de 58 días hábiles entre la publicación y la apertura de ofertas, encontrándose excluidos lógicamente de este conteo los días 24 y 25 de noviembre, días en los cuales tanto el fiduciario como esta Contraloría General, se encontraban de asueto debido a la emergencia ocurrida en el país por el paso del huracán Otto. Así las cosas, el tercio de este plazo, corresponde a 19 días hábiles. Se tiene que el día 18 hábil de este plazo fue el día 23 de noviembre de 2016 y por ende, como los días 24 y 25 de noviembre eran inhábiles, el día 19 hábil del plazo antes descrito, se corre al 28 de noviembre fecha en que esta Contraloría y el fiduciario nuevamente retomaron sus labores, y además, fecha en la cual se cerraba el plazo para objetar el cartel. Así las cosas, al haber presentado la gestionante su recurso el día 29 de noviembre, lo procedente era el rechazo del mismo, tal y como se realizó. De esta forma, queda acreditado que el cómputo del plazo que hizo esta División de los días hábiles que media entre el día siguiente a la publicación de la invitación a participar y el día fijado para la apertura de ofertas de 58 días hábiles es correcto, y también es correcto el cómputo del primer tercio de dicho plazo con el que contaban los interesados para objetar el cartel del concurso. De acuerdo a lo anteriormente dicho, resulta procedente el rechazo de la adición y aclaración interpuesta y en el mismo sentido se rechaza el incidente de nulidad, en tanto la gestión principal de la que podía pender, sea el recurso de objeción ya fue resuelto, sin que sea procedente su interposición en conjunto con una gestión de adición y aclaración, en razón de la naturaleza no recursiva que esta reviste. ii) **El Instituto Costarricense de Electricidad** indica que la Contraloría General incurre en contradicción, induciendo a error al administrado, pues por un lado mediante aviso oficial señala que los plazos se suspenden en virtud del asueto y por otro

lado rechaza por extemporáneo el recurso de objeción porque no se presentó en los días del asueto, siendo ello imposible porque la Contraloría se encontraba cerrada. Indica que sin aplicar el asueto el día que debían de presentarse los recursos vencía el viernes 25 de noviembre del año en curso, no obstante, al declararse el asueto, ya no podían contar los días 24 y 25 del citado mes y año, sino que el plazo se recalculaba y el vencimiento era el día 29 de noviembre del mismo año- Señala que existe un claro vicio de motivo y contenido de esta resolución, ya que pretende obligar a la representada a lo imposible, al presentar el recurso un día que la institución se encontraba cerrada, lo cual es contrario a derecho y al comunicado oficial realizado. **Criterio de la División:** Tal y como se indicó en la gestión interpuesta por Telefónica de Costa Rica S.A., el plazo entre la publicación de la invitación a participar y la apertura de ofertas corresponde a 58 días hábiles y no a 60 días hábiles como erróneamente considera el ICE, y por ende, el tercio corresponde a 19 días hábiles y no a 20 días hábiles como dicho Instituto considera también. Lo anterior, debido a que los días 24 y 25 de noviembre no deben contabilizarse como días hábiles al haber declarado la Presidencia de la República un asueto por motivo de la emergencia nacional ocurrida por el paso del huracán Otto, asueto que fue acatado tanto el fiduciario como esta Contraloría General de la República y por ende, deben excluirse estos días del conteo respectivo, tal y como realizó este Despacho. Como se indicó anteriormente también, originalmente el día 19 del conteo debía ser el 24 de noviembre, pero por el asueto otorgado, el día 19 del conteo se corre para el día hábil siguiente, que fue precisamente el día 28 de noviembre. Asimismo, es importante recalcar que esta Contraloría General de la República no está incurriendo en contradicción alguna, en tanto el comunicado del asueto emitido por este Despacho, que inclusive es aportado por la recurrente, indica que los días 24 y 25 de noviembre la Contraloría se iba a acoger el asueto y se iba a reabrir la institución el día 28 de noviembre, mientras que en la resolución R-DCA-1004-2016 se indicó claramente que el plazo máximo para objetar era el 28 de noviembre, fecha en que la institución se encontraba abierta al público, por lo cual no se está obligando a presentar el recurso en fecha inhábil. De conformidad con lo expuesto, es criterio de esta División que no procede aclarar ni adicionar aspecto alguno en la resolución R-DCA-1004-2016, por lo que se **declaran sin lugar** la diligencias de adición y aclaración interpuestas.-----

POR TANTO

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 164 y 169 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR SIN LUGAR las DILIGENCIAS DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN E INCIDENTE DE NULIDAD ABSOLUTA CONCOMITANTE** interpuestas por la empresa **TELEFÓNICA DE COSTA RICA TC S.A.** y por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD** en relación con lo resuelto por la División de Contratación Administrativa en la resolución **R-DCA-1004-2016** de las doce horas treinta y nueve minutos del trece de diciembre de dos mil dieciséis, por medio de la cual se resolvieron los recursos de objeción interpuestos por dichas empresas, en contra del cartel del Concurso 002-2016 del Fideicomiso de Gestión de los Proyectos y Programas del Fondo Nacional de Telecomunicaciones (FONATEL) SUTEL-BNCR promovido por el **BANCO NACIONAL DE COSTA RICA** en calidad de Fiduciario promovido por la Superintendencia de Telecomunicaciones, para la "Contratación para proveer acceso a los Servicios de Voz y el acceso desde una ubicación fija, al servicio de Internet a todas las comunidades de los Distritos de Savegre y Naranjito del cantón de Aguirre, provincia de Puntarenas, y los servicios de voz e internet, desde una ubicación fija a los Centros de Prestación de Servicios Públicos ubicados en estas comunidades, con aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones. **NOTIFÍQUESE.----**

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

MALV/PUS
NN: 17411 (DCA-3227-2016)
NI: 34983-35152
G: 2016004091-2