

R-DCA-0092-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas del veintinueve de enero del dos mil veinte.-----

RECURSOS DE OBJECIÓN interpuestos por **FABIO VINCENZI GUILÁ** y **JOSE GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA N°2019LN-000002-0006400001** promovida por **COMISIÓN NACIONAL DE PRÉSTAMOS PARA LA EDUCACIÓN** para servicios externos de profesionales en derecho para la tramitación y gestión de operaciones crediticias en Cobro Judicial de CONAPE.-----

RESULTANDO

I. Que los señores Fabio Vincenzi Guilá y José Gabriel Montero Rodríguez, respectivamente presentaron ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2019LN-000002-0006400001 promovida por Comisión Nacional de Préstamos para la Educación.-----

II. Que mediante auto de las once horas quince minutos del quince de enero de dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio N° SADM-013-2020 del veinte de enero de dos mil veinte, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

III. 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 EL FONDO: A) RECURSO PRESENTADO POR FABIO VINCENZI GUILÁ. 1) Sobre la Forma de pago. El objetante menciona que el inciso d) del apartado Forma de pago, no señala los medios de pago que CONAPE dispondrá para cancelar los honorarios correspondientes del profesional adjudicado, lo que provoca imprecisión e inseguridad jurídica al oferente. La Administración responde que el cartel señala los medios que utilizará para realizar la cancelación de los honorarios, por lo cual cita el inciso b) del mismo apartado. Además menciona que dicho aspecto no fue objetado en la primera versión del cartel, el cual no ha modificado respecto a la versión original. **Criterio de División.** Respecto al extremo objetado, el cartel regula lo siguiente: **“III. FORMA DE PAGO (...) d) El pago se realizará por los medios de pago que CONAPE disponga.”** (Destacado del original). Ahora bien, este órgano contralor observa que, luego de dar

lectura a la versión anterior del cartel, concluye que el punto objetado con el presente recurso en su contenido permanece invariable en su versión actual, pues en la versión del cartel anterior se lee: **“III. FORMA DE PAGO (...) e) El pago se realizará por los medios de pago que CONAPE disponga.”** (Destacado del original) (ver expediente de la resolución No. R-DCA-1287-2019). Es decir, tanto la regulación anterior como la actual no ha sufrido modificación, por lo que al estar consolidada la cláusula, esta División estima precluido el punto objetado. Al respecto de la preclusión, este órgano contralor mediante resolución No. R-DCA-0330-2017 de las nueve horas con veinte minutos del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, dijo: *“ (...) la posibilidad de recurrir queda limitada a las modificaciones efectuadas al cartel y no sobre las cláusulas consolidadas de la versión inicial de éste (...) Al respecto conviene remitir al principio de preclusión el cual se entiende como pérdida o extinción de una facultad legal, por lo que no es posible admitir a conocimiento de esta División alegatos precluidos ya que tal proceder atentaría entre otros aspectos, contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel hasta que éste se consolide y por razones de seguridad jurídica, por cuanto las cláusulas que se consolidan se entienden firmes, no existiendo una posibilidad ilimitada en cuanto al momento de objetar el cartel durante el procedimiento de contratación. A mayor abundamiento, conviene señalar 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, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263)(...)”*. En razón de lo anterior, y siendo que no es este, el momento procesal oportuno para requerir la modificación del cartel en los términos impugnados, se impone declarar **sin lugar** este extremo del recurso. **2) Sobre la cantidad de profesionales adjudicados.** El objetante manifiesta que el cartel establece la adjudicación de dos contratistas, pero que en el párrafo final del objeto, se indica la contratación de *“un profesional abogado y notario”*, pero que la Administración deberá precisar si el procedimiento busca contratar uno o dos profesionales. La Administración estima clara la disposición cartelaria, pues afirma, que se refiere a *“dos contratistas”*. Además, explica que para la presente contratación, se requiere profesionales con doble condición, es decir, que sean abogados y notarios a su vez. **Criterio de División.** En relación al tema objetado, el cartel dispone: **“I. OBJETO DE LA LICITACIÓN (...) Para esta contratación se requiere un profesional abogado y notario (...) IV. ADJUDICACIÓN / a) Se procederá a adjudicar a un total de dos**

contratistas, siempre que se determine como admisible su oferta y cumpla las condiciones administrativas, técnicas, legales. La adjudicación de ambos contratistas será conforme al mayor porcentaje obtenido de acuerdo con la tabla de ponderación. De igual forma CONAPE escogerá dos contratistas adicionales que quedarán elegibles para suplir en orden de calificación a los dos contratistas “titulares” que por alguna razón dejen de prestar sus servicios(...) ” (Destacado del original). El objetante persigue con su recurso que la Administración precise la cantidad de profesionales por contratar, pues encuentra dos regulaciones distintas en ese sentido. Ahora bien, este órgano contralor estima que el recurrente busca sea aclarada una disposición que puede causar confusión entre los oferentes, por ende, concluye que el objetante plantea una solicitud de aclaración y no una objeción, que más bien debe ser presentada ante la Administración y no ante esta sede, por lo regulado en el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) que indica: “(...) *Las aclaraciones a solicitud de parte, deberán ser presentadas ante la Administración, dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación. Las que sean presentadas fuera de ese plazo podrán ser atendidas, pero no impedirán la apertura de ofertas señalada (...)*”. Por lo dicho, se declara **sin lugar** este extremo del recurso.

Consideración de oficio: En relación con la cantidad de contratistas que la Administración estima adjudicar con la celebración del presente procedimiento, mediante la resolución No.R-DCA-1287-2019 de las trece horas con cincuenta y cuatro minutos del doce de diciembre del dos mil diecinueve, este órgano contralor, entre otras cosas mencionó: “(...) *la cláusula establece la adjudicación de dos contratistas, además de dos adicionales para suplir a los “titulares” en el caso de que estos últimos no puedan desempeñar sus obligaciones, y eventualmente, contratar abogados adicionales dependiendo del incremento en el volumen de trabajo. Respecto a esto, este órgano contralor se refirió en resolución No. R-DCA-1017-2018 de las once horas del veintidós de octubre de dos mil dieciocho, cuando en esa oportunidad indicó: “(...) El cartel establece en la cláusula 1.3 que se procederá a adjudicar a 40 notarios y que se definirá una lista de 10 suplentes, regulando también que la adjudicación se hará a favor de las ofertas que obtengan mayor puntaje hasta lograr el número de notarios requeridos (...)* No obstante se insta a la Administración para que analice el fundamento jurídico de “aumentar” el número notarios contratados, ello de frente a la firmeza del acto de adjudicación(...). Así las cosas, se le indica a la Administración el deber de analizar la base jurídica de aumentar la cantidad de abogados, tomando en consideración que la Administración señala que puede darse un aumento en el

volumen de casos; y que la modalidad contractual es servicios por demanda, de manera que la Administración analizó el comportamiento que ha tenido los servicios por demanda, a fin de determinar los requerimientos (...)” De lo anterior se colige que, este órgano contralor no tiene por acreditado que en el expediente administrativo, ni en la respuesta dada por la Administración en la audiencia especial, que efectivamente hubiese analizado la base jurídica de aumentar la cantidad de abogados tal y como se le instruyó, por lo que se le reitera el deber de atender lo indicado. **3) Sobre la experiencia en la Metodología de Evaluación.** El objeteante mediante su escrito recursivo, afirma que **a)** el punto uno de la experiencia, es un requisito prácticamente imposible de cumplir. Explica que el apartado exige haber interpuesto, tramitado y finalizado satisfactoriamente trescientos juicios o más entre hipotecarios o monitorios durante los tres años anteriores a la fecha de apertura de ofertas. Expone que lo anterior, significa haber tramitado judicialmente un promedio de cien casos anuales, es decir, un promedio de casi nueve casos mensuales terminados con esa condición de positivos y exitosos. Destaca que ese requisito es abusivo y no guarda relación con la realidad profesional de los abogados que tramitan casos de cobro judicial, en su lugar, propone que la Administración debe ampliar al menos en diez años el plazo para comprobar la cantidad que solicita en el pliego del cartel. La Administración explica que la definición de los factores de evaluación corresponden a la discrecionalidad de la Administración. Que su objetivo es obtener el mejor profesional posible, que genere ventajas competitivas a fin de seleccionar la mejor oferta. Estima que el sistema de evaluación no constituye en sí mismo una limitación a la participación de los oferentes, por lo que no se pueden confundir con condiciones de admisibilidad. Además, menciona que la definición de la cantidad de procesos se ha definido tomando en consideración la cartera y procesos que tramita la propia Administración y la cantidad de contratos posibles que puede poseer un abogado que ejecute el proceso de cobro judicial. **Criterio de División.** Una vez expuestos por las partes, se tiene que el cartel regula lo siguiente: **“X. Metodología de evaluación (...) 1. EXPERIENCIA (...) 1.2 COMPOSICIÓN DE LA CARTERA DE COBRO JUDICIAL ATENDIDA (...) JUICIOS TRAMITADOS (interpuestos y terminados, durante tres años anteriores a la fecha de apertura de ofertas) / Trescientos juicios o más / (Hipotecarios o monitorios) (...) El oferente deberá aportar una certificación emitada por las instituciones o empresas que enliste los juicios hipotecarios o monitorios interpuestos y finalizados satisfactoriamente, durante los tres años anteriores a la fecha de apertura de ofertas de esta licitación (...)No se tomarán en cuenta procesos declarados desiertos o caducos. Además, solo se tomarán en cuenta los**

procesos en donde el profesional oferente haya tramitado desde su inicio hasta la finalización cada caso. (...)” (Destacado y subrayado del original). El objetante se encuentra disconforme con el requisito cartelario que determina haber tramitado trescientos o más juicios hipotecarios o monitorios para obtener la totalidad de puntaje (36 puntos) según el apartado 1.2 de la sección “Metodología de evaluación”, además pretende que se extienda “*por lo menos 10 años el plazo para comprobar los 300 casos mínimos*” (ver folio 03 del expediente de objeción). Sin embargo, es importante considerar que la condición en discusión trata sobre un requisito de evaluación, y no sobre una condición de admisibilidad, por lo que tal regulación no impide el derecho de potenciales oferentes a participar en el concurso, sino que más bien, permite a la Administración poder ponderar ventajas comparativas en aras de seleccionar la oferta que más se ajuste al fin público que pretende alcanzar. Aunado a lo anterior, esta División ha considerado que una cláusula de evaluación solo puede ser objetada siempre que esta sea desproporcionada, inaplicable o intrascendente, características que el objetante no logra desvirtuar, más bien, la Administración menciona que dicha estimación de juicios la definió “*considerando la cartera y procesos que tramita la propia Administración y la cantidad de contratos posibles que puede poseer un abogado que ejecute el proceso de cobro judicial (...)*”(ver folio 51 del expediente del recurso de objeción). Sobre la posibilidad de objetar requisitos ponderables, mediante resolución No. R-DCA-0149-2019 de nueve horas treinta y nueve minutos del dieciocho de febrero del dos mil diecinueve, esta Contraloría General indicó: “*(...) En primera instancia resulta importante indicar que las cláusulas (sic) cartelarias de evaluación por sí mismas no limitan la participación de ningún potencial oferente, en el sentido de que se trata de ponderar ventajas comparativas con el objetivo de seleccionar la oferta más conveniente para el interés público. De manera que, esta Contraloría General ha reconocido que una cláusula de calificación solamente puede ser objetada en el tanto la misma resulta desproporcionada, inaplicable o intrascendente, de manera que el objetante tiene la obligación de fundamentar para demostrar alguna de las condiciones citadas, para proceder a su modificación (...)*”. De acuerdo a lo dicho, se declara **sin lugar** este extremo del recurso incoado. **b)** Por otro lado, el objetante cita que la Administración no explica qué quiere decir con que los procesos debieron terminar satisfactoriamente, ya que, ese requisito resulta indeterminado e incierto, pues a su criterio: **1.** No aclara si las certificaciones originales que prueben esos casos, pueden ser emitidas por personas físicas y/o jurídicas, privadas y/o públicas, o si deben ser emitidas sólo por instituciones estatales, etc. **2.** Además, que en la regulación no indica expresamente si para comprobar el número de casos tramitados se debe

aportar el nombre del despacho judicial que lo tramitó, el número de expediente judicial, los nombres de las partes, los datos de las resoluciones que prueben si el caso terminó positivamente etc. **3.** Porque no dice expresamente, cómo podrá ser si la comprobación de este número de casos se puede efectuar mediante declaración jurada. La Administración señala que las certificaciones se podrán presentar emitidas por las instituciones o empresa, sean públicas o privadas, así como por personas físicas. También, afirma que el cartel menciona que el oferente debe precisar el nombre de la entidad y número de expediente y detalles de la demanda que presentó. Por último, agrega que es necesario documentar mediante declaración jurada, los casos ejecutados en los últimos 3 años que representen la experiencia del oferente en la materia. **Criterio de División.** Una vez expuestos por las partes, se tiene que el cartel regula lo siguiente: ***“X. Metodología de evaluación (...) 1. EXPERIENCIA (...) 1.2 COMPOSICIÓN DE LA CARTERA DE COBRO JUDICIAL ATENDIDA (...) El oferente deberá aportar una certificación emitada por las instituciones o empresas que enliste los juicios hipotecarios o monitorios interpuestos y finalizados satisfactoriamente, durante los tres años anteriores a la fecha de apertura de ofertas de esta licitación, la cual deberá indicar nombre de la entidad a la que se le brindó el servicio y número de expediente, fecha de presentación de la demanda y fecha de terminación del caso, con la finalidad de otorgar el puntaje correspondiente. No se tomarán en cuenta procesos declarados desiertos o caducos. Además, solo se tomarán en cuenta los procesos en donde el profesional oferente haya tramitado desde su inicio hasta la finalización cada caso. (...)”*** (Destacado y subrayado del original). Siendo que la Administración menciona los sujetos que pueden emitir las certificaciones, y que el cartel es claro y explícito en determinar la información que debe contener a efectos de verificar la experiencia, esta División estima que el objetante no explica la razón por la que considera la información como insuficiente, razón por la cual, se declara **sin lugar** este extremo del recurso. Por otro lado, tomando en consideración que la Administración en su respuesta de audiencia especial señala que *“(...) la experiencia del oferente en la materia que cita el objeto contractual requerido, esto se documentará mediante declaración jurada”* (ver folio 52 del expediente del recurso de objeción), deberá incluir esa indicación en el cartel, pues en el pliego actual, no se observa regulación al respecto. Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** este extremo. **4. Sobre el desempate.** El objetante menciona que uno de los criterios para desempate consiste en escoger la oferta de aquellos profesionales en derecho que hayan prestado servicios en cobro a CONAPE. Expone que tal regulación es discriminatoria, odiosa y viola el principio de igualdad entre oferentes, por lo que

debe ser eliminada del cartel. La Administración estima como mejor opción, contar con un servicio profesional que conozca la forma de trabajar de la Administración, su cartera y además, que hubiere brindado servicios a satisfacción para CONAPE, por lo que lo consignó como segundo factor. **Criterio de División.** Respeto a lo objetado, el cartel establece: “**X. Metodología de evaluación** (...) *Si se diera un empate en la calificación de dos o más oferentes, CONAPE utilizará como criterios de desempate para definir el ganador del concurso, según el siguiente orden de factores: (...) b) Si persiste el empate, se escogerá la oferta de aquellos profesionales en derecho, que hayan prestado servicios en cobro judicial a CONAPE y que su labor haya sido calificada como satisfactoria, además cumplan con las condiciones del cartel detalladas en el mismo (...)*” (Destacado y subrayado del original). Tomando en consideración que el artículo 2 inciso e) del RLCA establece que “*En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares*” es obligación de la Administración actuar acorde con dicho principio, por ende, con el fin de procurar un trato equitativo entre los oferentes al amparo del referido numeral, deberá colocar el criterio objetado como el último factor de desempate antes de aplicar el sorteo establecido en el inciso d). Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** este extremo. **B) RECURSO PRESENTADO POR JOSE GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ 1. Sobre las ofertas conjuntas y en consorcio.** El objetante estima que de la literalidad del cartel, se extrae que eventualmente la Administración va a requerir servicios de notariado, pero que el pliego no permite las ofertas en consorcio, ofertas conjuntas ni presentadas por Bufetes. Considera que dicha regulación es contraria al ordenamiento jurídico, pues según la normativa, no se encuentra sustento para dicha la regulación respecto a las ofertas en consorcio. Considera que la participación consorcial genera una mayor cantidad de oferentes, y por tanto, un conjunto de ofertas que permitan una mayor competencia y satisfacción del fin público. La Administración considera que la contratación de un profesional en abogacía y notariado, se considera una función personalísima, por lo que no podría ser ejecutada por una persona jurídica o bajo la figura de consorcio u oferta en conjunto. **Criterio de División.** Respecto al tema en discusión, el cartel señala: “**I. OBJETO DE LA LICITACIÓN** (...) Por la naturaleza del servicio que se está contratando y de acuerdo con lo normado en el artículo primero y segundo del Código Notarial, que claramente define que: la profesión notarial es un ejercicio personalísimo y privado de esa función pública delegada por ley, solo podrán participar como oferentes personas físicas, por lo tanto, no se aceptan ofertas en consorcio, conjunto ni por Bufetes (...)” Si bien es cierto, la normativa permite la posibilidad de ofertar bajo la figura consorcial, pues en el caso del artículo

38 de la LCA establece que: “En los procedimientos de contratación, podrán participar distintos oferentes en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente (...)”. Mientras que el artículo 72 del RLCA dispone: “Dos o más participantes podrán ofertar bajo la forma consorciada, a fin de reunir o completar requisitos cartelarios (...)”. No obstante la regulación anterior, esta Contraloría General estima la función notarial como un ejercicio profesional personalísimo y por ende, no susceptible de ejercer bajo la figura consorciada, en conjunto o mediante persona jurídica. La posición anterior es asumida por esta División, mediante la resolución No. R-DCA-974-2019 de las diez horas con cuarenta y dos minutos del primero de octubre del dos mil diecinueve, pues en esa ocasión, como resultado de una impugnación interpuesta por el presente objetante respecto a la imposibilidad de ofertar bajo las mencionadas figuras contractuales, esta Contraloría General dispuso: “(...) De frente a lo anterior, resulta oportuno señalar lo indicado en la resolución No. R-DCA-151-2016 de las nueve horas cincuenta y tres minutos del diecinueve de febrero del dos mil dieciséis, donde este órgano contralor indicó: (...) El ejercicio de la función notarial se a (sic) través de la delegación que el Estado hace en el profesional en Derecho, que cumple con los requisitos para ser y ejercer como notario público. Ese ejercicio del poder delegado por el Estado, debe necesaria e indispensablemente de forma personalísima (sic). Por esta razón, la contratación de los servicios de notario público, también debe ser personalísima. Así resulta improcedente la contratación de personas jurídicas para la prestación de servicios notariales (...) Sobre lo anterior, considera esta División que está claro que la Dirección Nacional de Notariado ha determinado al amparo del artículo 1 del Código Notarial, que las funciones notariales solo pueden ser desplegadas por el profesional en Derecho que cumpla con los requisitos para hacerlo, siendo ésta una función de carácter personalísima por lo que ha considerado **improcedente la contratación de personas jurídicas o consorcios para la prestación de servicios notariales**. Partiendo de tales disposiciones que se desprenden de los criterios mencionados por el Banco, no se puede compartir la tesis de que sea factible permitir **personas jurídicas cuando en este caso se está requiriendo también que el abogado encargado del cobro sea también notario, según lo dispuesto en la cláusula 27 del cartel, que indica: “27. Además dicho profesional deberá ser notario público (...)**” (negrita agregada). En vista de lo que viene se declara **sin lugar** el recurso incoado en este extremo. Se hace ver que siendo que este extremo se resuelve de acuerdo con el precedente anterior, esta es la posición que en adelante asume este Despacho sobre este la contratación de servicios que comprendan el notariado (...)” (Destacado y subrayado del original). Por lo anterior,

siendo que el cartel establece entre sus requisitos para la prestación del servicio el ser notario público, no podría prestarse los servicios por medio de personas jurídicas o consorcios. En lo que se refiere a las ofertas en conjunto, debe ser autorizadas por la Administración, lo cual no ocurre en este caso, sin que se aporte sustento que permita acreditar que si es posible, tomando en consideración la posición que se ha expuesto. Así las cosas, se declara **sin lugar** el recurso de objeción presentado por José Gabriel Montero Rodríguez.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 38, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 2, 72, 178, 179 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve declarar: **1) PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **FABIO VINCENZI GUILÁ** y **2) SIN LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **JOSE GABRIEL MONTERO RODRÍGUEZ**, ambos en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA N°2019LN-000002-0006400001** promovida por **COMISIÓN NACIONAL DE PRÉSTAMOS PARA LA EDUCACIÓN** para servicios externos de profesionales en derecho para la tramitación y gestión de operaciones crediticias en Cobro Judicial de CONAPE. **3) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento.-----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

ORIGINAL FIRMADO

Jorge Alberto Carmona Jiménez
Fiscalizador Asociado

JCJ/mjav
NI: 769, 915,922, 1292
NN: 01312 (DCA-0343-2020)
G: 2019004515-3

