

Exp. 09-002007-1027-CA

Res. 001131-F-S1-2012

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas del cuatro de setiembre de dos mil doce.

Proceso de conocimiento establecido en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por **AUGUSTO JOSÉ OGUILVE PÉREZ**, no indica estado civil, ingeniero eléctrico, vecino de Cartago; contra la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL**, representada por sus apoderadas generales judiciales, Kattia Valerio Jiménez, Gabriela Ramírez Sáenz, no indica estado civil. Figura como apoderado especial judicial del actor, Luis Fernando León Alvarado, no indica estado civil, no indica domicilio. Las personas físicas son mayores de edad, y con las salvedades hechas, casados, abogados y vecinos de San José.

RESULTANDO

1.- Con base en los hechos que expuso y disposiciones legales que citó, el actor estableció proceso de conocimiento, cuya pretensión fue ajustada en la audiencia preliminar, para que en sentencia se declare: "*...se condene a la Caja Costarricense del (sic) Seguro Social al pago de daños y perjuicios que desglosamos así: lucro cesante: DIEZ MIL QUINIENTOS SETENTA Y SIETE DOLORES (sic) CON DIEZ CÉNTIMOS, ... honorarios dejados de percibir: SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UN DÓLARES CON*

SETENTA CÉNTIMOS...y la suma de QUINIENTOS SETENTA MIL COLONES por honorarios por presentación de ofertas y recursos, sumas a la que se le sumarán los intereses legales hasta su efectivo pago. ...Que la demandada sea condenada al pago de las costas tanto procesales como personales que se deriven de la presente obligada acción."

2.- La apoderada del ente demandado contestó negativamente y opuso las excepciones de falta de derecho, falta de interés actual y caducidad.

3.- A la audiencia de conciliación se presentaron los representantes de las partes, pero no se logró llegar a ningún acuerdo conciliatorio, por lo cual, se declaró fracasada.

4.- La audiencia preliminar se llevó a cabo al ser las 9 horas 10 minutos del 27 de setiembre de 2010. En esta se aclaró la pretensión.

5.- El Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Quinta, integrada por las Juezas Lilliana Quesada Corella, Ileana Sánchez Navarro y el Juez Julio Cordero Mora, en sentencia no. 103-2011 de las 16 horas 20 minutos del 29 de abril de 2011, con voto salvado del Juez Cordero, resolvió: *"Por mayoría, se rechaza la defensa de caducidad y la excepción de falta de derecho. En consecuencia, se declara parcialmente con lugar la demanda interpuesta por el señor AUGUSTO JOSÉ OGUILVE PÉREZ contra la CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL, imponiendo a esta entidad el pago de los daños y perjuicios causados al accionante derivados únicamente de los gastos necesarios, efectivos y lógicos en que debió incurrir para presentar su oferta y gestionar dentro del procedimiento de contratación de la Licitación Abreviada No. 2009LA-000004-2601, los*

que deberán ser demostrados en fase de ejecución de este fallo, reconociéndose intereses al tipo legal, desde su determinación hasta su efectivo pago. En todo lo demás, se rechaza la presente demanda. Son ambas costas a cargo de la parte demandada.”

6.- Los representantes de ambas partes formulan sendos recursos de casación indicando las razones en que se apoyan para refutar la tesis del Tribunal.

7.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el magistrado González Camacho

CONSIDERANDO

I.- En el 2009, la Caja Costarricense del Seguro Social (abreviado en lo sucesivo como CCSS) inició un procedimiento de contratación administrativa, bajo la modalidad de licitación abreviada para la realización de obras en el hospital Dr. Tony Facio. En esta participó, junto con otros oferentes, el señor Augusto Oguilve Pérez. En un primer momento, la oferta del actor fue descartada por un presunto defecto en cuanto a la vigencia de la garantía de participación, ante lo cual interpuso la respectiva impugnación en sede administrativa contra el acto de adjudicación (HTFC-SCA-601-2009 del 12 de junio de 2009). Si bien el órgano competente admitió que no se daba el error aducido originalmente, al resolver el recurso (resolución no. 107-2009) determinó que existía un supuesto de inelegibilidad por cuanto en el cartel se había indicado que la obra debía estar bajo la dirección de un ingeniero eléctrico o electromecánico, pero en la oferta se indicó que esta labor estaría a cargo de un

ingeniero en mantenimiento industrial. Por ello, declaró improcedente la impugnación y tuvo por agotada la vía administrativa. Ante lo anterior, planteó este proceso a efectos de que se anulen las anteriores resoluciones, se valore su oferta, se ordene a la CCSS adjudicarle la licitación y de manera subsidiaria, se le condene al pago de los daños, perjuicios y ambas costas. No obstante, durante la audiencia preliminar, desistió de la pretensión anulatoria, limitándose al resarcimiento patrimonial. La entidad estatal se opuso y formuló las defensas de caducidad, falta de derecho y de interés actual. Por su parte, el Tribunal, por mayoría, declaró parcialmente con lugar la demanda y obligó a la CCSS a indemnizar los gastos necesarios, efectivos y lógicos en que debió incurrir para presentar su oferta y gestionar dentro del procedimiento de contratación administrativa, remitiendo su demostración a ejecución de sentencia. Reconoció, además, intereses legales y ambas costas.

II.- Ambas partes formularon sendos recursos de casación. La inconformidad del actor se dirige a cuestionar el no reconocimiento de todos los daños y perjuicios solicitados, mientras que la entidad estatal, en el único agravio que le fue admitido aduce el quebranto del principio de preclusión y la improcedencia de la parte dispositiva del fallo. Por la forma como se resolverá el presente asunto, se iniciará con el análisis de esta última inconformidad.

III.- En el **único** agravio admitido, la representación de la CCSS arguye el quebranto de los principios de preclusión, seguridad jurídica, legalidad, buena fe, equilibrio de intereses, derogabilidad singular de la norma, así como los artículos 192 de la Constitución Política, 3 y 4 de la Ley de Contratación Administrativa, 2 y 4 del

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y el inciso 1) del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Critica, el actor pretende cuestionar las condiciones del cartel sin haberlo hecho en tiempo, forma y a través de los mecanismos brindados por el ordenamiento jurídico para tales fines. No comparte la tesis de mayoría en cuanto a que la discusión en el proceso versa sobre la interpretación que realizó la Administración licitante, pues la condición de ingeniero eléctrico o electromecánico no contiene ningún elemento de discusión o que requiera ser valorado. Aduce, si lo que se pretende es admitir la formación de ingeniero en mantenimiento industrial por cuanto se encuentra en posibilidades de realizar el trabajo requerido, se debió plantear el recurso de objeción contra el cartel. Agrega, al no seguir esta vía, ni cumplir con las condiciones cartelarias, debe considerársele inelegible, y en ese tanto, sin legitimación para cuestionar el acto de adjudicación. Endilga al voto de mayoría desaplicar el instituto procesal de la preclusión, específicamente en lo que se refiere a los requerimientos fijados en el cartel, de lo cual concluye que la caducidad interpuesta debió ser acogida, lo que confirma, además, que el actor no puede llegar a ser adjudicatario (por ser inelegible), y en ese tanto, carece de legitimación ad causam activa. Acota, le corresponde a la Administración designar a cuál profesión le corresponderá dirigir un proyecto, lo que considera no debe estar supeditado al criterio de un colegio profesional, sino a las necesidades del ente contratante. Explica, *“aunque varias profesiones pueden de manera general tener la posibilidad del manejo técnico sobre determinado tema, [...] eso no implica que la especialidad requerida por la Administración deba eliminarse.”* Arguye, si no existieran diferencias entre las

especialidades, tampoco habría razón para denominarlas en forma distinta, máxime que la carrera no está compuesta por los mismos cursos. En cuanto al argumento del actor sobre la otra contratación en la que se varió la posición para admitir la profesión de ingeniería en mantenimiento industrial, dice, ello no le obliga a renunciar a la especialidad y perfil que satisface mejor sus necesidades. Se refiere a la forma como se resolvió el recurso de revocatoria interpuesto, y expone que esto no causó nulidad alguna, ya que si bien se indicó un error inexistente, este fue subsanado, y fue al momento de valorar los aspectos técnicos que se detectó que la oferta no los cumplía, por lo que su exclusión era procedente. Acusa, el criterio del Tribunal en cuanto a la preclusión implica la derogación de este principio, lo cual supone, además, el quebranto de la disposición citada de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la jurisprudencia constitucional definió cuáles era los principios de rango constitucional propios de la materia de contratación administrativa contenidos en el precepto 192 de la Constitución Política. Afirma, el actor abusó del principio de buena fe entre las partes, ya que, a pesar de tener conocimiento de la posibilidad de impugnar el cartel, no lo hizo para procurarse una posición más ventajosa frente a los demás oferentes. Agrega, al no acogerse la defensa de caducidad, se produce el quebranto de las normas citadas.

IV.- En lo medular, el casacionista cuestiona lo resuelto por el Tribunal de instancia por cuanto considera que, al no haberse impugnado la definición de los requisitos fijados en el cartel, en particular, lo relativo a que la persona a cargo de la obra debía ser un ingeniero eléctrico o electromecánico, el hecho de que en la oferta del actor se haya incluido a un profesional distinto al requerido originalmente (ingeniero

en mantenimiento industrial) conlleva su inelegibilidad. Dentro del entramado argumentativo del recurso, el eje central es cuestionar la forma como se resolvió el conflicto, aunque de manera tangencial, liga su discurso al tema de la caducidad. Empero, esta circunstancia no implica que se deba reducir la inconformidad a este punto, aunque si obliga, al formar parte de los cuestionamientos realizados, a referirse a él antes de abocarse a la cuestión de fondo. En primer término, debe aclararse que el instituto procesal de la caducidad supone que, luego del transcurso de un año a partir de la conducta que se pretende impugnar, y salvo las excepciones previstas al efecto (art. 40 y 41 del cuerpo normativo citado) decae el derecho de accionar en la vía contencioso administrativa. Ahora bien, contrario a lo que arguye el casacionista, el objeto de este proceso, aunque relacionado, no puede ser identificado como una impugnación del cartel. Dicha conclusión encuentra respaldo en las pretensiones esbozadas en la demanda, en donde se solicitó, entre otras cosas, se anule la adjudicación, por considerar que su oferta cumplía con todos los requisitos fijados al efecto, y en consecuencia, la supresión de los actos HTFC-SCA-601-2009 y la resolución no. 107-2009 de la Dirección General del Hospital Tony Facio, ambas dictadas en el mes de junio de 2009. Así las cosas, entre el dictado de estas y la interposición de la demanda (agosto 2009) no transcurrió el año previsto en el numeral 39 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Aún más, el cartel fue puesto en conocimiento de los invitados a participar el 8 de mayo de ese mismo año, por lo que, aún admitiendo el argumento del inconforme, tampoco se excedería dicho umbral de tiempo. Tal y como se analizará en el siguiente considerando, la ausencia de impugnación del cartel

conlleva una serie de efectos, como podría ser su inimpugnabilidad posterior, mas no en cuanto al cómputo del plazo de caducidad. Así las cosas, el alegato formulado en este sentido no es de recibo.

V.- En lo que concierne al cuestionamiento sobre cómo se resolvió el conflicto, el casacionista centra su oposición a la sentencia en que, según el cartel, la dirección técnica de la obra debía ser asumida por un ingeniero eléctrico o electromecánico, no uno en mantenimiento industrial (como se ofertó), por lo que al no haber cuestionado dicha definición mediante el respectivo recurso de objeción, tal posibilidad le precluyó, lo que implica que la oferta del actor debía ser considerada como inelegible. Dado que la conducta que se impugna es el rechazo de plano del recurso contra el acto de adjudicación por cuanto el órgano competente consideró que carecía de legitimación al no ser elegible, resulta esencial valorar ese aspecto, al ser la presunta ilegalidad que sustenta las pretensiones del actor, y derivó en la sentencia que se analiza. Sobre este punto, el criterio de mayoría del Tribunal concluyó que, a pesar "*del criterio del Colegio Federado que agrupa a esos profesionales, decidió interpretar restrictivamente y en contra de los criterios técnicos, calificándolo como oferente inelegible, lo que implicó su exclusión del procedimiento, cercenando su posibilidad de resultar adjudicatario a partir de una actuación arbitraria.*" Ello a partir del criterio externado por el ente gremial en cuanto a que los ingenieros en mantenimiento industrial pueden desempeñarse en proyectos eléctricos al igual que los ingenieros eléctricos o electromecánicos por no existir restricciones reglamentarias en cuanto a su ejercicio profesional. Ahora bien, sobre este punto, no cabe duda que determinar cuáles son los profesionales que

cuentan con los conocimientos necesarios y suficientes para realizar determinada labor resulta fundamental en cualquier contratación administrativa, ponderándose, necesariamente, tanto los intereses de los posibles oferentes como los de la Administración. Los primeros, en tanto constituye un mecanismo para evitar un trato diferenciado sin la debida justificación, y la segunda, en tanto garantiza, por un lado, la idoneidad del contratista, al tiempo que amplía, al menos teóricamente, las posibles ofertas que pueda recibir para la satisfacción del interés general. Claro está, esto no supone un desconocimiento de la facultad del ente contratante para establecer algunos perfiles más especializados para la realización de determinadas obras o servicios, siempre que esta se base en criterios técnicos, razonables y proporcionados y se encuentre debidamente motivada. A partir de lo recién expuesto, es preciso referirse, por ser uno de los puntos neurálgicos de la inconformidad, a cuál es el momento cuando se puede entrar a valorar tales cuestiones. La mayoría del Tribunal esbozó el criterio de que, por ser un tema de interpretación cartelaria, la inelegibilidad declarada resultaba arbitraria por la equiparación entre las profesiones solicitadas por la Administración respecto de la que ofertó el actor. No obstante, ello resulta contrario al procedimiento de contratación administrativa. En este sentido, el análisis debe partir de la evidente relación entre este y la discrecionalidad (entendida esta en sentido técnico-jurídico) con que cuenta el ente contratante. En un primer momento, al identificarse la necesidad que se pretende suplir, la Administración cuenta con un margen amplio de discrecionalidad (la cual puede ubicarse dentro de la denominada discrecionalidad fuerte) en la definición de los bienes o servicios con los que se

pretende satisfacer el interés público, cuyo ejercicio se materializa en la formulación del cartel. Este acto tiene por efecto reducir el margen de discrecionalidad original en las fases posteriores, ya que, al fijarse los lineamientos, condiciones y requisitos que la Administración definió como necesarios, estos vinculan las actuaciones subsiguientes, en especial, la valoración de las ofertas y la adjudicación. Esto, claro está, sin perjuicio de la facultad de declarar infructuosa la contratación, lo que constituye un reducto de discrecionalidad residual. Si bien la mencionada limitación del margen de elección del órgano competente puede variar según los términos cartelarios, lo cual depende de la precisión con que se plasmen los requerimientos, lo cierto es que en todos los casos se reduce la discrecionalidad, ya que el motivo del acto de adjudicación pasa a ser reglado por derivación de un acto precedente (el cartel). Lo anterior se justifica en que los efectos de los actos administrativos no solo vinculan al particular sino también a la propia Administración Pública como consecuencia de la imputación de sus conductas y el principio de actos propios. A partir de lo expuesto, al emitirse el cartel, se demarca el derrotero que ha de seguir el procedimiento, brindando seguridad jurídica a los participantes y al mismo contratante. Por ello, el establecimiento definitivo de los requisitos a cumplir por los oferentes presenta una importancia capital, no pudiendo estar sujeta a variaciones posteriores, no solo para evitar una afectación de los participantes, sino también en respeto de otros particulares, cuya determinación de no participar pudo haber estado condicionada por esa fijación. Así, el recurso de objeción constituye el mecanismo apto para el conocimiento de cualquier inconformidad respecto a los requisitos materiales y formales exigidos, ya que si se admite la posibilidad de

reconsiderarlos al momento en que se debe adjudicar el objeto contractual se afectarían los intereses legítimos de quienes se atuvieron a los términos originales.

VI.- De lo expuesto en el considerando anterior se colige que el margen de elección del adjudicatario se reduce considerablemente por las reglas definidas en el cartel, siendo que la interpretación que se puede hacer se limita a los conceptos jurídicos indeterminados incluidos en este o bien, sobre aspectos técnicos, mas siempre dentro del marco fijado en dicho acto. De igual forma, se definen las reglas que deben cumplir los oferentes. En la especie, la Administración contratante determinó una inelegibilidad por el incumplimiento de un requisito formal, a saber, la profesión exigida del encargado del proyecto. El Tribunal consideró que, con base en el informe del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, se debió interpretar que un ingeniero en mantenimiento industrial también cumplía con los perfiles solicitados en el cartel (ingeniero eléctrico o electromecánico). No obstante, contrario a lo aducido en el voto de mayoría, debe señalarse que se trata de tres especialidades distintas. No se trata de un tema de nomenclatura, sino que cada una tiene su propio ámbito de ejercicio profesional, el cual puede coincidir en algunos campos. Debe observarse que la redacción de la nota enviada por el ente gremial no equipara las profesiones citadas, sino, por el contrario, se constriñe a afirmar que el ingeniero en mantenimiento industrial, en el área de ingeniería eléctrica *"pueden ser profesionales responsables en proyectos eléctricos de obra mayor (dirección técnica, administración, elaboración, cálculo, diseño, firma e inspección), sin necesidad de solicitar ninguna licencia o autorización"* y en el campo de la ingeniería mecánica, *"la Reglamentación del CFIA no*

contiene ninguna restricción para el ejercicio profesional [...]". Se puede observar que parte de la premisa de que se trata de carreras distintas y autónomas. Ello implica que no es dable realizar una simple equiparación, ya que ello supone desconocer las consecuencias que, respecto de la discrecionalidad administrativa, se derivan del cartel y que fueron recién desarrolladas. Nótese que no se trata de interpretar un concepto jurídico indeterminado, toda vez que, como se indicó, son profesiones distintas, es decir, no existe indeterminación en cuanto a qué debe entenderse por cada una de ellas. No se da, respecto de tales nociones, una discrecionalidad interpretativa. En virtud de lo anterior, lleva razón el recurrente en cuanto a que dicha situación era alegable mediante el recurso de objeción contra el cartel. Al no hacerlo, el actor debió ajustar su oferta a los requisitos fijados en aquel, lo cual no ocurrió. Es importante señalar que en virtud de lo anterior, no se entra a conocer si un ingeniero en mantenimiento industrial podía o no llevar a cabo la obra por tratarse de una discusión planteada en forma extemporánea según lo ya indicado.

VII.- Resta entonces analizar el vicio en el procedimiento declarado por el Tribunal. El principal argumento sobre el cual se sustenta la decisión de los juzgadores de instancia se refiere al trámite que se le dio al recurso de revocatoria. Debido a que la inelegibilidad (por lo motivos que se discuten en este proceso) fue declarada al conocerse la impugnación contra el acto de adjudicación que desechó la oferta del actor por cuanto la garantía de participación no cumplía con los requisitos, los juzgadores de instancia, por mayoría, indicaron que *"no sólo acudió la demandada a un supuesto incumplimiento no advertido con anterioridad, sino que utilizó tal vicio para excluir al*

actor de la posibilidad de ser oferente elegible así como de ser valorada su oferta para efectos de adjudicación, o al menos darle la oportunidad de reclamar en sede administrativa ese nuevo elemento que surgió de manera intempestiva, transgrediendo con ello su derecho de defensa y, en general, el debido proceso, pues ninguna oportunidad de cuestionamiento y demostración de cumplimiento le brindaron, al punto de dar por agotada la vía administrativa sin tener opción real a cuestionar válidamente el punto, al quedar en firme el acto de adjudicación, tornando imposible un eventual reconocimiento de las condiciones de su oferta para resultar beneficiario." Contra este argumento, el recurrente aduce si bien se cometió un error en lo que concierne a la garantía, este fue subsanado, lo que generó la revisión de los aspectos técnicos y por ende, la desestimación de la oferta. Ahora bien, a efectos de resolver este punto, resulta fundamental analizar lo resuelto por la Administración en cuanto al recurso interpuesto, y que originó las anteriores consideraciones por parte del Tribunal. En este sentido, debe señalarse que el medio impugnatorio planteado fue declarado improcedente con base en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone: "El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos: / [...] b) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, 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. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar

adjudicatario. [...]” Al margen del análisis técnico que se puede hacer sobre este precepto (y que escapa al objeto de este proceso), lo cierto es que este le da cobertura normativa a lo actuado por la entidad demandada. En todo caso, aún prescindiendo de lo estipulado en la disposición recién transcrita, tal y como lo indica el recurrente, el vicio señalado por el Tribunal no permitiría sustentar una nulidad, toda vez que en el presente proceso ha sido acreditado que la oferta no cumplía con las exigencias del cartel, por lo que, aún y cuando se considere que se encontraba legitimado para impugnar, lo cierto es que en este punto implicaría declarar una nulidad por la nulidad misma, al carecer de sustancialidad esa formalidad en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Todo lo expuesto hace que el agravio tenga que ser acogido.

VIII.- Como consecuencia de lo anterior, la conducta que el Tribunal valoró como antijurídica, y a partir de la cual realizó los restantes pronunciamientos (daños), no debe ser considerada como tal, y en ese tanto, los extremos otorgados resultan improcedentes. Esto implica, además, que resulta innecesario referirse a los motivos formulados por el actor en su recurso de casación, ya que parten del supuesto de que los actos impugnados resultan contrarios al ordenamiento jurídico, premisa que se insiste, es errada. Así, el recurso de la CCSS debe ser acogido y al fallar por el fondo, debe admitirse la excepción de falta de derecho aducida y declarar sin lugar la demanda. En aplicación del artículo 193 del Código Procesal Contencioso Administrativo, las costas del proceso se imponen a la parte actora.

POR TANTO

Se declara con lugar el recurso de la Caja Costarricense del Seguro Social. Fallando por el fondo, se declara sin lugar la demanda y se impone el pago de las costas al actor. Por la forma en que se resuelve, se omite pronunciamiento del recurso del actor.

Anabelle León Feoli

Luis Guillermo Rivas Loáiciga
Zelaya

Román Solís

Óscar Eduardo González Camacho
Fernández

Carmenmaría Escoto

DCASTROA