



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)

<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: OFERTAS EN CONSORCIO

SUMARIO:

1. DOCTRINA

- a. CONCEPTO
- b. CLASES DE OFERTA
 - i. Oferta conjunta y en consorcio
 - ii. Oferta alternativa
 - iii. Oferta simple

2. NORMATIVA

- a. LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
- b. REGLAMENTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3. JURISPRUDENCIA

- a. CARACTERÍSTICAS DE LA OFERTA EN CONSORCIO
- b. UN ANÁLISIS DE CORTE PLENA SOBRE UN CASO DE OFERTA EN CONSORCIO
- c. UN CASO DE OFERTA EN CONSORCIO PRESENTADO ANTE LA SALA I

RESUMEN: Esta investigación se circunscribe en el campo de la contratación administrativa, trata específicamente sobre el tema de la oferta en consorcio, su regulación normativa, los tipos, las características y algunos casos prácticos sobre el tema.



DESARROLLO:

1. DOCTRINA

a. CONCEPTO

[JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ]

"La oferta es la propuesta formal que un interesado en contratar con la Administración dirige a ésta, aceptando la invitación que, dentro del procedimiento de licitación, implica el cartel (art. 81 RCA).

Se trata de una proposición, sujeta a procedimiento, tiempo y forma que, le manda una persona al Estado, como respuesta a la invitación (hecha mediante publicación en la Gaceta) que efectúa la Administración Pública, para que se participe en una licitación pública o privada."¹

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]

"La Oferta. Por otro lado, en punto a la oferta hemos de expresar que ésta es la "...manifestación activa de consentimiento o, mejor dicho, se encuentra en la génesis misma del consentimiento ... / Es una propuesta unilateral dirigida por una de las partes a la otra a fin de celebrar con ella un contrato" (Ver Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Apéndice, ANCALO S. A., Buenos Aires, 1976); Roberto Dromi por su parte menciona que la oferta ha de ser "(...) clara, incondicionada e indubitante. Los términos esenciales de la propuesta (precio, cotización, garantía) deben ser claros e indubitables, sin raspaduras, enmiendas, entrelíneas o errores, ya que si los hubiere, deberán ser salvados en el cuerpo del escrito de la oferta, con la constancia expresa y firmada por el oferente, a fin de evitar erróneas interpretaciones. De lo contrario, se impone su rechazo o desestimación (...). En suma, las propuestas deben ser serias, firmes y concretas, no indeterminadas ni contener cláusulas condicionales o contradictorias. (...)" (DROMI (Roberto), La Licitación Pública, Ediciones Ciudad Argentina, 2da edición actualizada, Buenos Aires, 1995, pp. 365). En resumen, la oferta es la expresión concreta de la voluntad de un determinado oferente de contratar con la administración para el suministro de bienes o servicios. De ella se deriva qué es lo ofrecido y en ella misma se puede constatar el cumplimiento con las especificaciones cartelarias. De forma contraria al ámbito privado, el oferente no puede, una vez presentada la oferta, cambiar su voluntad pues ello podría generar inseguridad para la administración de ahí que, partiendo de la buena fe, el oferente después de haber estudiado el pliego de condiciones participa con la firme certeza de que puede cumplir con el interés público supuesto en cada contratación administrativa."²

b. CLASES DE OFERTA



"I.2 CLASES DE OFERTA

I.2.a) Oferta conjunta y en consorcio

La Ley de la Contratación Administrativa, ha establecido que en esta materia existen varias formas de presentar ofertas, por lo que existe la posibilidad de presentar ofertas en forma conjunta y ofertas en consorcio, ello con la finalidad de que eventuales oferentes puedan cumplir satisfactoriamente con determinados requerimientos cartelarios. Sin embargo, tiene que existir autorización en el cartel e implica la división clara de las responsabilidades entre los oferentes, lo cual necesariamente debe hacerse en forma expresa y da como resultado el surgimiento de una obligación solidaria de los comprometidos contractuales con respecto a la Administración quien podrá exigir a uno u otro las responsabilidades que se deriven por el incumplimiento total o parcial de la prestación.

En lo referente a la oferta en consorcio, esta Ley señala que dos o más personas, físicas o jurídicas pueden complementar sus antecedentes y experiencias, por medio de la presentación de una oferta en consorcio, la utilización de esta modalidad de oferta no obliga a la creación de una nueva persona jurídica, aunque sí se requerirá de un acuerdo consorcial mediante el cual se establezcan los términos que regularán las relaciones entre las partes y sus relaciones con la Administración. Una copia certificada del acuerdo de consorcio deberá ser presentada a la Administración junto con la propuesta y los integrantes del consorcio responderán solidariamente por todas las obligaciones derivadas de la oferta, de la eventual adjudicación y su ejecución.¹

Ahora bien, en cuanto a la oferta conjunta, la misma Ley establece que en las reglas del concurso, la Administración podrá autorizar que participen oferentes conjuntos cuando, por la naturaleza del bien o el servicio licitado, sea posible y conveniente para los intereses públicos que distintos componentes de la prestación sean brindados por diversas personas. En estos casos, los oferentes conjuntos deberán deslindar, con exactitud el componente de la prestación a la cual se obligan dentro de la oferta global; en caso contrario, responderán solidariamente, ante la Administración, por todas las consecuencias de su participación en el procedimiento de contratación y su ejecución.²

I.2.b) Oferta alternativa

El concepto y naturaleza de la oferta alternativa fue citada por la Contraloría General de la República, en la Resolución No. 404-99 del 20

¹ **Artículo 38 LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA..**

² **Artículo 39 LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA..**



de septiembre de 1999, de la siguiente forma:

"En lo que ofertas alternativas se refiere, el ya citado doctrinario Roberto Dromi, señala lo siguiente: "entiéndase por oferta alternativa la que todo licitador puede presentar, además de la oferta básica y obligatoria, ajustada a los pliegos de condiciones, conteniendo su propio proyecto y condiciones, con la documentación técnica que la avale. Esta oferta no exime al proponente de efectuar la presentación simultánea de la oferta básica o principal, ajustada a las bases. La presentación de la oferta alternativa al no estar acompañada por la oferta principal, provoca la exclusión de la concurrencia." De la definición citada, se desprende que una oferta alternativa existe siempre en función y dependencia de una oferta principal y, si bien puede mejorar en todos los aspectos esta última, bajo ninguna circunstancia podría incumplir con las condiciones mínimas exigidas en el cartel."

I.2.c) Oferta simple

Esta oferta es aquella que el proponente le cotiza a la Administración como única opción." ³

2. NORMATIVA

a. LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

"Artículo 38.- Ofertas en consorcio

En los procedimientos de contratación, podrán participar distintos oferentes en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para utilizar este mecanismo, será necesario acreditar, ante la Administración, la existencia de un acuerdo de consorcio, en el cual se regulen, por lo menos, las obligaciones entre las partes firmantes y los términos de su relación con la Administración que licita.

Las partes del consorcio responderán, solidariamente, ante la Administración, por todas las consecuencias derivadas de su participación y de la participación del consorcio en los procedimientos de contratación o en su ejecución."⁴

b. REGLAMENTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

"41.- Ofertas en consorcio



41.1 Dos o más personas, físicas o jurídicas, pueden complementar sus antecedentes y experiencia, por medio de la presentación de una oferta en **consorcio**.

41.2 La utilización de esta modalidad de oferta no obliga a la creación de una nueva persona jurídica, aunque sí se requerirá de un acuerdo **consorcial** mediante el cual se establezcan los términos que regularán las relaciones entre las partes y sus relaciones con la Administración.

41.3 Una copia certificada del acuerdo de **consorcio** deberá ser presentada a la Administración, junto con la propuesta.

41.4 Los integrantes del **consorcio** responderán solidariamente por todas las obligaciones derivadas de la oferta, de la eventual adjudicación y su ejecución."⁵

3. JURISPRUDENCIA

a. CARACTERÍSTICAS DE LA OFERTA EN CONSORCIO

"En síntesis, la oferta en consorcio se distingue por las siguientes características:

-Las empresas integrantes del consorcio no conforman una persona jurídica independiente, ya que, aunque representan una única oferta, cada una mantiene su propia identidad y personalidad jurídica, razón por la cual, las obligaciones y manifestaciones que contenga la oferta deben ser emanadas y suscritas por cada uno de sus representantes legales.-

- Las empresas integrantes del "consorcio" responden solidariamente por obligaciones derivadas tanto de la participación en la fase del procedimiento de selección del contratista -que es en la que actualmente se encuentra-, así como, durante la ejecución del contrato, de manera que, en consecuencia, cualesquiera de las firmas que integren el consorcio que incumpla con la ejecución del contrato, generará responsabilidad común y, por ende, podrán aplicarse las medidas correctivas o sancionatorias que correspondan.-

- La solidaridad antes señalada supone que, aun y cuando en el acuerdo consorcial se establezca una participación porcentual dentro del negocio para cada empresa, ello es indiferente para la Administración, en cuanto ésta podrá exigirle el cumplimiento de las obligaciones a cualquiera de sus integrantes, con absoluta prescindencia de su grado de participación. Es decir, si acontece un incumplimiento, para la Administración no interese quién incumple por lo que podría aplicar las cláusulas penales o ejercer la potestad sancionatoria según sean las circunstancias."⁶



b. UN ANÁLISIS DE CORTE PLENA SOBRE UN CASO DE OFERTA EN CONSORCIO

ARTICULO III

En la sesión del 2 de junio pasado, artículo V, en virtud de la recomendación emanada de la Comisión de Evaluación de la Licitación Pública Internacional N° 02-96 "Contratación de una Firma Consultora para el Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial", integrada por los Magistrados Rojas y Fernández y el Lic. Alfredo Jones León, Director Ejecutivo y nombrada en la sesión de Corte del 2 de mayo de este año, artículo XI, se acordó declarar desierto el concurso público internacional, por los motivos que constan en ese acuerdo.

En amplio memorial recibido de 23 recibido el 26 de los corrientes los señores John C. Taylor y Jenier Solano Cordero, por su orden, apoderado especial de Chemonics International Inc., y apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Dinámica Consultores, interponen formal recurso de revocatoria contra la decisión adoptada por esta Corte en la sesión del 2 de junio, artículo V, con base en las siguientes razones:

"El presente recurso de revocatoria se presenta de absoluta buena fe y con el propósito de proporcionar algunos elementos de juicio que resultarán de interés y servirán de sustento jurídico para respaldar la legalidad de la adjudicación del concurso a nuestro consorcio, lo que traerá como corolario indudables ventajas en la modernización de la Institución.-

(I)

LEGITIMACIÓN

De conformidad con lo establecido en los artículos 85, 92, inciso b) y concordantes de la Ley de la Contratación Administrativa, nuestro Consorcio ostenta la debida legitimación para impugnar dicho acuerdo, toda vez que presentó formal oferta al concurso.-

Además, se presenta en tiempo siendo éste el único recurso procedente en tratándose de un acto administrativo que declara desierto el procedimiento de contratación.-

(II)

HECHOS

I.- Mediante convocatoria efectuada por la Unidad Ejecutora del Programa de Modernización del Poder Judicial - BID, el Poder Judicial realizó una invitación para que empresas nacionales e internacionales participarán del Concurso Público Internacional No. 02 "Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial", el cual se financiaría con préstamos del Banco Interamericano de



Desarrollo BID 859/OC-CR, ratificado por la Ley No.7496 de 8 de junio de 1995, para lo cual se recibieron ofertas hasta las 10:00 horas del 5 de agosto de 1996.-

II.- La empresa Chemonics International Inc., en consorcio con Vinterc A.C. (Venezolana Internacional de Consultores) y Dinámica S.A., participaron en la precalificación, acreditando para ello, todos los requisitos formales y de fondo exigidos por el Cartel, obteniendo finalmente una calificación superior al 70% (Condiciones Generales del Pliego de Precalificación inciso 7).-

III.- Por medio de nota fechada enero de 1996, la Unidad Ejecutora del Programa de Modernización de la Administración de Justicia, invitó a las empresas integrantes de la lista corta y debidamente precalificadas a "...presentar Propuestas Técnicas y Económicas para la prestación de los Servicios descritos en los Términos de Referencia."

IV.- Para la presentación de la Oferta el Consorcio inicialmente integrado por (CHEMONICS, VINTERC Y DINAMICA), varió su conformación, debido a la renuncia hecha por la empresa Vinter A.C.-

Los porcentajes de participación y responsabilidad inicialmente consignados de:

CHEMONICS	70%
VINTERC	10%
DINAMICA S.A.	20%

se variaron para la fase de presentación de ofertas técnicas y económicas con base en la cláusula del Convenio Consorcial, que establecía que **Chemonics International Inc. es empresa líder del consorcio y que:**

"Los porcentajes exactos los definirá CHEMONICS de acuerdo con las necesidades técnicas del proyecto, según los términos de referencia que la Corte Suprema de Justicia publicará para efectos de la licitación pública requerida por el Proyecto".-

Mediante nota fechada 19 de marzo de 1997, (folio 12 de la Oferta Técnica y Económica), se le informó a la señora Sonia Navarro Solano, Representante de la Unidad Ejecutora, Programa Poder Judicial-BID, que:

"...por razones de fuerza mayor la empresa VINTERC, ha decidido abandonar el consorcio anteriormente constituido junto a Chemonics International Inc. y Dinámica S.A. para participar en el concurso 02-96 promovido por la



Unidad Ejecutora del Programa Poder Judicial-BID. / Por tal razón, Chemonics Internacional Inc., asumirá la responsabilidad de brindar los consultores, que se incluirán en la propuesta técnica, con la experiencia y títulos equivalentes para que realicen las funciones asignadas a VINTERC. / El porcentaje de participación quedará expresado en un nuevo compromiso de Asociación Temporal de las empresas del consorcio de la siguiente manera: / Chemonics Internacional Inc. 90% / Dinámica S.A. 10%".-

Posteriormente, en el acto de presentarse la oferta técnica y económica se acreditó un nuevo convenio consorcial, el cual establecía de acuerdo con los requerimientos del cartel y de los términos de referencia, los porcentajes definitivos de participación y responsabilidad, los cuales se distribuyeron de la siguiente manera: Chemonics Internacional Inc. 90%, Dinámica S.A. 10%, manteniéndose a Chemonics como la empresa líder del consorcio, aumentando su grado de participación lo que aun hubiese elevado más su calificación. (Cf. inciso VI del acuerdo Consorcial, folio 10 de la oferta, técnica y económica).-

V.- En sesión 17-97 de la Corte Plena del Poder Judicial, en el artículo V) se aprueba la recomendación de la Comisión nombrada el 2 de mayo de 1997, para que analizara las recomendaciones de la Unidad Ejecutora, el cual en lo que interesa dispuso:

"Unysis no alcanza la nota mínima indicada en el Cartel (80%) y el Consorcio Chemonics al tener errores insubsanables en su oferta, quedó inhibido de ser considerado para una eventual adjudicación. Por lo tanto se recomienda declarar desierto el concurso público Internacional No. 02-96, Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial".-

VI.- Contra el acuerdo mediante el cual se declara desierto el Concurso Público Internacional No. 02-96, adoptado en la Sesión 17-97, artículo V de la Corte Plena, se interpone el presente recurso de revocatoria con base en las disposiciones de la Ley 7509 y su Reglamento, Decreto No. 25038-H, así como los principios generales aplicables al procedimiento de contratación administrativa según se desarrolla en los siguientes apartes.-

(III)

CONSIDERACIONES PREVIAS:



A) PRINCIPIOS LEGALES DE INTERPRETACION DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.-

Principio de eficiencia:

Establece el artículo 4 de la Ley de la Contratación Administrativa:

"4.2 Toda norma procedimental en materia de contratación administrativa debe interpretarse en concordancia con el principio de eficiencia, de modo que en todo momento se favorecerá la conservación de los actos de las partes y se procurará facilitar las condiciones para la adopción del acto final. 4.3 En todo caso prevalecerá el contenido sobre la forma y no podrá deducirse de la voluntad de las partes, salvo evidente prueba en contrario, la intención de apartarse de las regulaciones normativas y las condiciones fijadas por la Administración en el cartel o en el pliego de condiciones. 4.4 Todo defecto u omisión contenido en las ofertas, podrá ser subsanado, en la medida que no implique modificación del precio, objeto y condiciones ofrecidos y no se vulneren los principios generales desarrollados en este capítulo".-

Según se deriva de este numeral en relación con los artículos 3) in fine y 4.4) del Reglamento de la Contratación Administrativa, para la selección de la oferta más ventajosa prevalecerá **"el contenido sobre la forma"**, debiéndose interpretar las actuaciones de las partes de **"forma que favorezcan su conservación y facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general"**. (Cf. Artículo 4 de la Ley No. 7509).-

De frente a dicho principio, los alegados "errores insubsanables que contiene nuestra oferta no son tales, por cuanto se tienen como vicios graves algunos aspectos contenidos en la propuesta del consorcio que, en nuestra opinión, son insuficientes para descalificar o tener como inelegible nuestra oferta al tenor de las disposiciones de las normas legales y reglamentarias que rigen la contratación administrativa.-

En este mismo sentido establecen las disposiciones reglamentarias en su ordinal 3 in fine que: "En la apreciación de la conformidad con el ordenamiento jurídico de la actividad de contratación y las actuaciones de las partes, tanto la Administración como la Contraloría General, estarán vinculadas por los principios de conservación e informalismo". (El



resaltado nos pertenece).-

Como se verá más adelante los "errores insubsanables" -- calificación que rechazamos desde ahora--, que impiden entrar a conocer el contenido de la oferta técnica y económica de nuestras representadas, se resumen en:

1) en que se varió el acuerdo consorcial, por cuanto en el proceso de precalificación contaba con tres empresas y que en la fase de presentación de la oferta técnica y económica, la empresa VINTERC ya no formaba parte del referido consorcio.-

2) que la garantía de participación rendida, respalda únicamente la participación de la firma Chemonics;

3) que varios títulos del personal no cuentan con el trámite consular.-

B) OFERTAS EN CONSORCIO, CONJUNTAS O COMPLEMENTARIAS:

De previo a plantear los argumentos de fondo en este asunto, nos parece de interés para efectos de ilustrar este memorial y aclarar nuestra percepción sobre el tema, cuál es el concepto y diferencias que entre:

-Ofertas en consorcio

-Ofertas conjuntas o complementarias.-

a. Ofertas en consorcio.

El artículo 38 de la Ley de la Contratación Administrativa y 41 del Reglamento General de Contratación Administrativa, regula en forma expresa los alcances de las ofertas en consorcio.-

Inicialmente, dichos alcances habían sido determinados en sede administrativa particularmente a partir de diversos pronunciamientos de la Contraloría General de la República, algunos de los cuales son los que se indican en forma textual en el informe legal rendido en este concurso.-

En síntesis, la oferta en consorcio se distingue por las siguientes características:

-Las empresas integrantes del consorcio no conforman una persona jurídica independiente, ya que, aunque representan una única oferta, cada una mantiene su propia identidad y personalidad jurídica, razón por la cual, las obligaciones y manifestaciones que contenga la oferta deben ser emanadas y suscritas por cada uno de sus representantes legales.-

- Las empresas integrantes del "consorcio" responden solidariamente por obligaciones derivadas tanto de la participación en la fase del procedimiento de selección del



contratista -que es en la que actualmente se encuentra-, así como, durante la ejecución del contrato, de manera que, en consecuencia, cualesquiera de las firmas que integren el consorcio que incumpla con la ejecución del contrato, generará responsabilidad común y, por ende, podrán aplicarse las medidas correctivas o sancionatorias que correspondan.-

- La solidaridad antes señalada supone que, aun y cuando en el acuerdo consorcial se establezca una participación porcentual dentro del negocio para cada empresa, ello es indiferente para la Administración, en cuanto ésta podrá exigirle el cumplimiento de las obligaciones a cualquiera de sus integrantes, con absoluta prescindencia de su grado de participación. Es decir, si acontece un incumplimiento, para la Administración no interesa quién incumple por lo que podría aplicar las cláusulas penales o ejercer la potestad sancionatoria según sean las circunstancias.-

b. Ofertas Conjuntas.

La definición o conceptualización de ofertas conjuntas que aparece regulada en el artículo 39 de la Ley de la Contratación Administrativa en concordancia con el artículo 42 del Reglamento General de Contratación Administrativa, sufrió alguna variación con respecto a la interpretación que había dado la Contraloría General de la República antes de la promulgación de esta norma, habida cuenta de que esa Entidad conceptualizó la oferta en consorcio como una modalidad de oferta conjunta.-

De este modo, el concepto actual expresado por el numeral 39 indicado se asemeja más al concepto de "ofertas complementarias" según lo había entendido aquel Órgano Contralor -Las ofertas complementarias consistían en que los oferentes deslindaban claramente la porción del objeto del contrato que iban a ejecutar, lo cual se encontraba regulado en el artículo 100 del Decreto Ejecutivo 7576-H (hoy derogado).-

Ahora bien, las ofertas conjuntas según lo indican los numerales citados, las ofertas conjuntas tienen las siguientes características distintivas:

- En este caso se presenta también una única oferta, en la que varias personas -físicas o jurídicas-, se comprometen a realizar una parte específica del objeto del contrato, deslindando cada una de ellas la parte que ejecutará. Si no hay deslinde de funciones, automáticamente la plica adquiere las características de una oferta en "consorcio".-

- En la oferta conjunta no existe solidaridad y, como consecuencia de ello, el incumplimiento de una de las empresas encargadas de la ejecución de una parte determinada del



objeto del contrato, no necesariamente acarrea por sí sola la responsabilidad a las restantes empresas.-

- En las ofertas conjuntas, la garantía de participación puede ser rendida por separado, dependiendo de la cuantía del objeto del contrato que corresponda ejecutar a cada quien, o bien, una sola garantía que cubra el monto total, en cuyo caso, tendría que indicarse expresamente en su texto, que la misma garantiza la participación o cumplimiento de los oferentes conjuntos.-

Un ejemplo de lo anterior, podría ser el caso de una empresa que vende un equipo de cómputo el cual se recibe, se instala y funciona a satisfacción, encargándose otra empresa del servicio de mantenimiento, en cuyo caso, si ésta última incumple, no es posible exigir responsabilidad a todas las empresas.-

En el informe rendido por la asesoría legal, se citan las resoluciones Nos. 41-88. 54-88, 28-91 y 44-91 todas de la Contraloría General de la República, que analizan con profundidad los alcances y características de las ofertas en consorcio.-

Respetuosamente, en lo que atañe a este análisis, debemos señalar que pese a que la propuesta de nuestras representadas constituyen una única oferta, la misma fue suscrita por cada uno de los representantes legales de las empresas integrantes del consorcio, asumiendo cada una las obligaciones y compromisos derivados del concurso y del contrato que se llegare a perfeccionar como consecuencia del mismo, respecto del cual se responde en forma solidaria independientemente del porcentaje de participación de las mismas en el negocio.-

Es decir, se trata de una oferta en consorcio y para ello, cumplimos con todos y cada uno de los presupuestos y condiciones que analiza la Contraloría General de la República en las resoluciones citadas.-

(IV)

SOBRE EL FONDO

A) SOBRE EL VICIO DE OFERTA POR AUSENCIA DE UNA EMPRESA INTEGRANTE DEL CONSORCIO PRECALIFICADO.

En el presente procedimiento administrativo, el Poder Judicial efectuó un procedimiento concursal que incluye una fase de precalificación.-

En esta precalificación, ciertamente nuestras representadas presentaron una oferta en consorcio y, como tal, fue evaluada y precalificada.-

Respetuosamente disentimos del análisis de la Asesoría



Legal, en cuanto establece que al amparo de las resoluciones de la Contraloría General de la República que cita, nuestra oferta adolece de vicios graves, toda vez que, en realidad, los casos citados no son similares y los supuestos de hecho son distintos a los que ahora se presentan.-

En nuestro caso, la oferta presentada cumple con todas las características descritas, atendiendo las formas requeridas por la ley para su validez. No obstante lo anterior, después de haberse precalificado al consorcio una de sus empresas integrantes decidió renunciar: este supuesto no es examinado por el Ente Contralor en ninguna de las resoluciones citadas.-

Por otra parte, difícilmente puede encontrarse algún antecedente similar que haya sido resuelto en el pasado, aunque sí se han dado situaciones excepcionales que no necesariamente han provocado la descalificación de las plicas dado que es usual que en estos eventos, entre la fecha de precalificación de las firmas y la fecha de apertura de las ofertas para la licitación, se produzcan variaciones que alteren las condiciones iniciales, como por ejemplo, la experiencia de las personas precalificadas, su historial, las personas que se harían cargo del proyecto, la capacidad financiera, etc.-

Ante esta situación cabe preguntarse, si ante un hecho de esta naturaleza la única solución jurídicamente viable es la descalificación de la oferta?.-

Nuestra respuesta es que no es así, por cuanto ello necesariamente debe depender de las circunstancias que se presenten en cada caso.-

Sobre este punto debe tomarse muy en cuenta que de previo a presentar la oferta en este concurso, nuestras representadas comunicaron a la Unidad Ejecutora del programa Poder Judicial-BID la renuncia de Vinterc, indicando desde esa misiva cómo quedarían entonces los porcentajes de participación de las restantes empresas precalificadas -lo cual puede constatarse en nuestra carta fechada 19 de marzo último-, con el propósito de actualizar la información concerniente a las empresas precalificadas.-

Como dijimos, existen muchas circunstancias que pueden presentarse después de la precalificación de una empresa o varias de ellas actuando en consorcio-. por lo que, en definitiva la Contraloría General de la República se ha inclinado por valorar casos concretos a efecto de determinar si concurre o no un vicio grave que torne en inelegible una propuesta, desechando esquemas rígidos de hermenéutica para la ponderación de esos aspectos.-



Así por ejemplo, la Contraloría General de la República en el oficio N° 11696-86, señaló que la participación en forma conjunta de dos empresas precalificadas individualmente es legalmente posible. Por otra parte, en la resolución N° 53-87 admite el análisis de variaciones en las empresas precalificadas antes de la presentación de las ofertas como una potestad de la Administración, lo cual, en nuestro caso, se puso en conocimiento de la administración, la información necesaria para actualizar los atestados y situación del consorcio incluso antes de la apertura del concurso.-

"Debemos recordar, además, que la actualización de la precalificación es una potestad de la Administración, más no una obligación que se encuentre establecida y que deba necesariamente acatar, por lo que no encontramos vicio alguno en cuanto a este aspecto se refiere, ni en el procedimiento, ni en el acto de adjudicación, añadiendo, únicamente, que tampoco consideramos que se haya presentado violación al principio de igualdad de oportunidades de los oferentes, pues todos fueron tratados en la misma forma, es decir, a ninguno se le aplicó la actualización de capacidad de contratación en detrimento de los demás, de donde no es correcta la apreciación de la firma recurrente en este sentido" (RSL N° 53-87, p.20).-

Por supuesto, habría un vicio grave si se tratara de la renuncia de una empresa que dentro de un consorcio ostentara el mayor grado de participación, --situación que no se está presente en el caso que nos ocupa-- o cuyo concurso resulte esencial para la satisfacción plena del objeto del contrato, pero tal determinación debe ser adoptada a la luz del caso concreto.-

En este sentido, consideramos que el hecho de que una de las empresas integrantes de un consorcio renuncie, no puede traer como consecuencia automática, por sí sola -sin mediar ningún tipo de análisis respecto de la capacidad de las empresas restantes que integran el consorcio-, la descalificación de la oferta.-

Para ilustrar mejor nuestra argumentación, pensemos por vía de hipótesis, que la renuncia de una de las empresas integrantes del consorcio se produzca en la fase de ejecución del contrato. Si se trata de una empresa con un porcentaje de participación exiguo, lo lógico y razonable es que se admita la continuación del mismo hasta su finalización.-

Ahora bien, consideremos que incluso de haberse calificado la oferta de nuestro consorcio sin la participación



de Vinterc, la puntuación que se hubiese obtenido sería aún mayor a la reflejada inicialmente, toda vez que, al efectuarse la ponderación de los atestados de Vinterc aquella disminuyó, todo lo cual asumimos fue valorado por los departamentos administrativos de esa Entidad, cuando le fue suministrada la información requerida y no debería ser considerado como un vicio, sino más bien, como una mejora o ventaja.-

Pese a que con la renuncia de Vinterc se mejora la propuesta que hace el consorcio a la Institución, paradójicamente se declara su inadmisibilidad. La anterior afirmación se sustenta en dos hechos: a) en primer lugar Chemonics como empresa del consorcio obtuvo un promedio ponderado mucho más alto que Vinterc y b) el consorcio en la oferta técnica se comprometió a sustituir los consultores que había ofrecido Vinterc (quienes realizarían un trabajo no superior al 10% del proyecto, en calidad de supervisores), por personas que tuvieran una preparación y experiencia equivalente, como efectivamente se hizo.-

Por la claridad y circunstancias concurrentes en este caso, en donde obviamente la participación de Vinterc resultaba mínima, la situación puede ser perfectamente analizada en la fase de evaluación de las propuestas, ya que la ponderación de las consecuencias de dicha renuncia, y su incidencia respecto de la oferta consorcial, fácilmente se desprende de los atestados que constan en el expediente.-

B) SOBRE LA GARANTÍA DE PARTICIPACIÓN.

En cuanto a la garantía de participación concierne tampoco compartimos el vicio que se apunta por parte de la Asesoría Legal en su dictamen, ya que, en nuestro caso no hemos formulado una oferta conjunta sino solidaria, siendo notables los efectos jurídicos diversos entre una y otra manera de ofertar.-

Por ejemplo, en el artículo 37.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa, expresamente se prevé cómo debe presentarse la garantía en tratándose de ofertas conjuntas, advirtiendo esa norma que **"cuando se presenten ofertas conjuntas, cada uno de los oferentes deberá garantizar su participación o ejecución según la estimación del componente que le corresponda, o bien rendir una sola garantía ejecutable indistintamente del oferente que incumpla"**.-

Este asunto es regulado de esa manera, por el hecho de que los oferentes conjuntos no son responsables solidarios ante la Administración y, como corolario de ello, es menester que cada uno garantice la parte del contrato que le correspondería ejecutar.-

Sin embargo, tal advertencia resulta innecesaria y no la



encontramos en el caso de las ofertas en consorcio, dado que es suficiente que la garantía que se presente cubra el monto cotizado, sin que resulte especialmente relevante el que en su texto se indique o mencione a todos los integrantes del consorcio, toda vez que la responsabilidad de éstos es solidaria.-

Por otra parte, la garantía de participación se extiende con el propósito de garantizar la seriedad de la propuesta, por lo que ésta resultaría ejecutable en el tanto que; quien resulte adjudicatario, se niegue a formalizar la contratación, ya sea por no suscribir el contrato respectivo, o por no presentar la documentación necesaria o no rendir la correspondiente garantía de cumplimiento.-

Si el adjudicatario se niega a formalizar el negocio, entonces la administración puede ejecutar la garantía.-

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el adjudicatario sería potencialmente el "Consortio Chemonics-Dinámica" por lo que, en el evento de que Dinámica, S. A. no se presente a formalizar el contrato respectivo, siendo la responsabilidad de los integrantes del consorcio solidaria, no habría razón o motivo legal alguno para que la Administración se vea impedida o inhibida de ejecutar la garantía que ha sido presentada precisamente para garantizar esos extremos.-

Con la interpretación dada, la Administración se está autolimitando en sus derechos, por cuanto, por esa vía, habría que suponer que si Dinámica S.A. hubiese rendido una garantía de participación por el porcentaje de participación previsto en el acuerdo consorcial, en el caso de no comparecer a formalizar el negocio la Administración ejecutaría tan sólo la parte proporcional a esta plica.-

Estimamos que la ley le permite ejecutar la garantía o garantías de participación que se presenten en caso de no formalizarse o asegurarse la contratación y, por ende, en el uso de la potestad de ejecución de garantías que le confiere el ordenamiento jurídico -sobre todo tomando en cuenta que se trata en la especie de una oferta en consorcio con responsabilidad solidaria de todos los integrantes del mismo-, no habría base jurídica para justificar que la Administración se encuentre inhibida de ejecutarlas en el caso de ser necesario.-

Distinto sería si la garantía presentada fuere insuficiente en cuanto a monto o plazo -desbordando los extremos permitidos por la ley- pero no, si ésta cubre el monto total de la cotización en una oferta en consorcio.-

C) TRAMITE CONSULAR PARA LAS CERTIFICACIONES PRESENTADAS.



Al respecto, si bien es cierto que el pliego de condiciones prevé que las certificaciones de los títulos que se presenten con la oferta, deben haber sido legalizados a través del procedimiento previsto en la Ley Orgánica de Servicio Consular, también lo es que este requisito debe interpretarse armónicamente con dicha ley, no pudiendo el cartel establecer condiciones o trámites que desborden la ley.-

De esta manera, si las certificaciones que interesan fueren expedidas por autoridades de un país extranjero, entonces se aplican en forma directa e indubitable los artículos 67 y 80 de la Ley Orgánica del Servicio Consular, mas si la certificación es realizada por un Notario Público costarricense, dicha certificación se otorga con fundamento en las facultades que le confiere al Notario Público el artículo 82 bis de la Ley Orgánica de Notariado, cuya validez y eficacia no podría estar sujeta a legalización alguna, so pena de que dicha regulación o interpretación resulte ilegal.-

Por lo demás, en relación con los documentos no certificados estimamos que al amparo de lo establecido en el artículo 56 del Reglamento General de Contratación Administrativa, los mismos pueden ser prevenidos para su presentación conforme al cartel, siendo un extremo totalmente subsanable.-

DERECHO

Sustentamos el presente recurso, en las referidas normas de la Ley de la Contratación Administrativa y Reglamento General de Contratación Administrativa.

PETITORIA

En virtud de lo expuesto, muy respetuosamente solicitamos revocar el acuerdo adoptado en la sesión de Corte Plena N° 17-97, celebrada el 2 de junio en curso, por el cual se dispuso declarar desierto este concurso y, en su lugar, se acuerde evaluar desde el punto de vista técnico la propuesta técnica y económica presentada por el Consorcio Chemonics-Dinámica a efecto de valorar la adjudicación en su favor."

Para esos efectos se integró una Comisión con los Magistrados Fernández, Rojas y Sancho y la Licda Sonia Navarro Solano, Directora de la Unidad Ejecutora del Proyecto Poder Judicial. BID, la que con estudio de los antecedentes y los alegatos del recurso interpuesto recomienda lo siguiente:

"San José, a las diez horas del siete de julio de mil novecientos noventa y siete.

John C. Taylor apoderado especial de Chemonics International Inc. y Jenier Solano Cordero, apoderado generalísimo de la



empresa Dinámica, interponen recurso de revocatoria contra la decisión adoptada en la sesión de Corte Plena No. 17-97, celebrada el 2 de junio del año en curso, artículo V, por virtud de la cual se dispuso declarar desierto el concurso promovido por la Unidad Ejecutora del Programa P.J.-B.I.D., para la contratación de una firma consultora para el Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial.

Del estudio del recurso planteado se desprende lo siguiente:

1. Mediante convocatoria efectuada por la Unidad Ejecutora del Programa Poder Judicial -B.I.D. se invitó a participar en la precalificación de firmas consultoras para el Concurso Público Internacional No. 02 "Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial", financiado con el Contrato de Préstamo suscrito entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, No. 859/0C-CR, ratificado por Ley No. 7496 del 8 de junio de 1995, publicado en el Alcance No. 20 de la Gaceta No. 110, para lo cual se recibieron ofertas hasta las 10:00 horas del 5 de agosto de 1996.
2. Las empresas Chemonics International Inc., Vinterc A.C. (Venezolana Internacional de Consultores) y Dinámica S.A. presentaron su propuesta conformando un Consorcio, en los términos que define el artículo 38 de la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494 de 2 de mayo de 1995, es decir, sin crear una persona jurídica diferente, pero unidas las tres por un convenio formal, en el que se establecieron los porcentajes de participación de 70%, 10% y 20% respectivamente; el Consorcio recibió en la I Fase del Concurso, una calificación de 81.46%.-
3. En la segunda etapa, sea en la presentación de la Oferta Técnica propiamente dicha, el Consorcio originalmente integrado por Chemonics International Inc., Vinterc A.C. y Dinámica S.A., varió su conformación original, lo que hizo saber por primera vez a la Administración, en una nota incluida en el folio 12 de la misma Oferta Técnica y Económica en la que señaló :

"... por razones de fuerza mayor la empresa Vinterc, ha decidido abandonar el consorcio anteriormente constituido junto a Chemonics International Inc. y Dinámica S.A. para participar en el Concurso 02-96 promovido por la Unidad Ejecutora del Programa Poder Judicial-B.I.D./ Por tal razón, Chemonics International Inc., asumirá la responsabilidad de brindar los consultores, que se incluirán en la propuesta técnica, con la experiencia y títulos equivalentes para que realicen las funciones asignadas a Vinterc. / El porcentaje de participación quedará expresado en un nuevo compromiso de



Asociación temporal de las empresas del consorcio de la siguiente manera: /Chemonics Internacional Inc. 90%/ Dinámica S.A. 10%."

4. En cuanto a las razones que ha tenido la Administración para considerar que su oferta no es elegible, alega la parte que interpone el recurso que :
- a) la exclusión de Vinterc no es un vicio grave en su oferta Técnica y Económica y que, además, ese supuesto no ha sido analizado por el Ente Contralor;
 - b) que debe tomarse en cuenta que **"de previo** a presentar la oferta en este concurso, sus representadas comunicaron a la Unidad Ejecutora del Programa Poder Judicial- B.I.D. la renuncia de Vinterc, indicando desde esa misiva cómo quedarían entonces los porcentajes de participación de las empresas precalificadas ... con el propósito de actualizar la información concerniente a las empresas precalificadas" (subrayado no es del original) ;
 - c) que la Contraloría General de la República, en la resolución No. 53-87 "admite el análisis de variaciones en las empresas precalificadas antes de la presentación de las ofertas como una potestad de la administración, lo cual, en su caso, se puso en conocimiento de la administración, por medio de toda la información necesaria para actualizar los atestados y situación del consorcio incluso **antes de la apertura del concurso"** (subrayado no es del original);
 - d) que de haberse calificado la oferta sin la participación de Vinterc, la puntuación que se hubiere obtenido sería aún mayor a la reflejada inicialmente;
 - e) que en cuanto a la garantía de participación, tampoco comparten el vicio que se apunta, por cuanto es una oferta solidaria y no conjunta; y que la garantía rendida cubre el monto cotizado; y
 - f) que los documentos no certificados pueden ser prevenidos para su presentación conforme al artículo 56 del Reglamento General de Contratación Administrativa.

La Comisión conformado para estudiar el recurso interpuesto considera que:

- I.- De conformidad con lo establecido en el artículo 91 de la Ley de Contratación Administrativa y sus reformas, con relación al artículo 56.6 del Reglamento General de Contratación Administrativa Decreto Ejecutivo No.25038-H del 7 de marzo de 1996 (Publicado en Diario Oficial La Gaceta No. 62 del 28 de marzo de 1996) no es admisible el recurso de revocatoria planteado por las firmas en Consorcio Chemonics Internacional Inc y Dinámica Consultores S.A.- En efecto, el recurso de revocatoria está concebido como un remedio alterno, que procede solo en los casos en que por el monto del concurso público de que se trata, no es procedente el recurso de apelación y en el caso concreto, a la luz de lo que señalan esas normas, por tratarse de un acto en el que se ha declarado



desierto el concurso, lo procedente habría sido el recurso de apelación y no el de revocatoria. No obstante lo expresado, que podría determinar la inadmisibilidad del recurso, la Comisión estima conveniente referirse al fondo del recurso.

II.- La Comisión estima que los vicios que se han señalado al Consorcio sí son trascendentes y consecuentemente, que la decisión adoptada está ajustada a Derecho. En primer término, por cuanto el Consorcio (figura jurídica entendida en los términos del artículo 38 de la Ley citada) se conformó mediante un convenio formal, que se presentó a la etapa de precalificación integrado por las tres firmas, a saber Chemonics International Inc, Dinámica S.A y Vinterc. A.C.- Ahora bien, al someter la oferta propiamente dicha en la segunda fase, comparecen sólo dos de las firmas precalificadas, con lo que se configura una clara violación a los artículos 38 de la Ley de Contratación Administrativa y al 41 del Reglamento General de la Contratación Administrativa. Es importante entender que el propósito que se persigue al constituir un Consorcio o una agrupación de empresas, es unir sus fortalezas individuales, los mejores aspectos de cada una de las empresas, los que son ejemplarizantes y que tienen gran relevancia en el mercado respectivo, con lo que se busca, necesariamente, y esta es la base fundamental de esta figura contractual, minimizar o hacer desaparecer del todo, las flaquezas o puntos débiles de las firmas interesadas. Se crea así, al conjuntarse, un ente jurídico de hecho, pero que queda constituido por las empresas que lo integran (tres en este caso) para asumir responsable y solidariamente, la ejecución de la totalidad del objeto de la contratación. Al presentarse en la segunda fase del concurso solo dos de ellas, desintegraron el ente jurídico de hecho que ellas voluntariamente había creado e incumplieron el Compromiso de Asociación Temporal presentado en la primera fase del concurso. Al respecto el Ente Contralor ha señalado:

"Que, por la trascendencia que encierra en la resolución del presente asunto, procederemos de seguido a comentar un grave vicio que padece el recurso presentado por el "Consorcio" apelante, el cual, aún y cuando no fue alegado por ninguna de las partes, sí fue advertido por este Despacho, y dado que implica un defecto grave, nos impone la obligación de entrar a su análisis. Pues bien, según ha quedado demostrado (hecho probado 5), las firmas Almacenadora S. A., Lacsá y Ramón Vizcaíno S. A., presentaron oferta al concurso bajo la modalidad de un "Consorcio", según contrato que en tal sentido suscribieron los representantes de las tres firmas aludidas, ante el Notario Público Armando Alberto Guardia Sasso (hecho probado 14), que conforma la escritura número ochenta y ocho del tomo décimo del Protocolo del citado Notario, cuyo cuarto



primer testimonio fue presentado con la oferta. No obstante, como es bien sabido, y así lo ha manifestado este Órgano Contralor en reiteradas oportunidades (véanse por ejemplo las resoluciones números 54-77, 76-87 y 91-87), nuestro ordenamiento jurídico positivo no reconoce existencia ni capacidad jurídica (necesaria para adquirir derechos y contraer obligaciones), a la figura del Consorcio, de manera que cuando en la presente resolución hemos acudido a utilizar ese término, debe entenderse como una simple agrupación o asociación de empresas, que se unen para la realización de un fin o propósito que les es común. Así, tenemos que el Consorcio ha sido definido como una "forma de asociación en que dos o más empresas se reúnen para actuar unidas, bajo una misma dirección y reglas comunes, aunque conservando su personalidad e independencia jurídicas" (véase Cabanellas Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Editorial Heliasta S. R. L. 8a edición. Buenos Aires 1974). En el caso bajo examen, ha quedado demostrado (hecho probado 13) que tanto el escrito de interposición del recurso, como el de fundamentación de éste, fueron suscritos únicamente por los señores Raúl Guardián Montealegre y Jorge Vilanova Vidal, el primero como representante de Almacenadora S. A. y el segundo como representante de Ramón Vizcaíno S. A., faltando, en consecuencia, la firma del representante de Lacsá, la que al no aparecer nos conduce inevitablemente a sostener que quienes están apelando no presentaron oferta a la licitación pública N°. 603-87 con prescindencia de Lacsá, pues debemos recordar que quienes participaron en ésta, fueron -conjuntamente- Lacsá, Almacenadora S. A. y Ramón Vizcaíno S. A. (y las firmas de los representantes de las tres compañías aparecen en la oferta sometida al concurso) y no únicamente estas últimas dos. " RSL No. 46-89 pág. 29.

Como es de advertirse en esa jurisprudencia administrativa, si se ha negado legitimación para interponer recursos, con mayor razón se carece de legitimación para someter la oferta. Es decir, la propuesta Técnica y Económica la sometió un centro de imputación de derechos y obligaciones, que es distinto al que fue precalificado por la Administración y al escoger esa forma jurídica para participar en este concurso, fueron las mismas empresas las que se autolimitaron a hacerlo en esa forma. Si ahora se afirma que la empresa Chemonics International Inc. tiene la capacidad para ejecutar el proyecto ella sola, pues bien pudo participar en esta condición. Pero si escogió libremente unirse a otras dos empresas, el convenio de constitución del consorcio, automáticamente con el acto de precalificación, definió la figura jurídica que podía presentar propuestas. Por ello, en cuanto a este aspecto, estimamos que no es procedente la revocatoria.



III.- La Comisión estima necesario aclarar que no es cierto que se informó a la Unidad Ejecutora del Programa Poder Judicial-B.I.D., de previo a la presentación de la oferta técnica y económica, de la renuncia de Vinterc y de los nuevos porcentajes de participación de Chemonics International Inc. y Dinámica S.A., ya que la misiva fechada 19 de marzo de 1997, se presentó conjuntamente con la Oferta Técnica y Económica (folio 12). Como la jurisprudencia administrativa emanada del Ente Contralor en la misma resolución citada en el escrito de interposición de la revocatoria, la actualización de una precalificación debe ser un trámite previo a la realización de la licitación, a la vez que es potestativo de la administración, entonces resulta que ese procedimiento tampoco fue observado por la parte interesado. Señala ese precedente :

"Sin embargo, no comparte este Órgano Contralor la tesis que sostiene la firma recurrente, en el sentido de que la Administración violó el principio de igualdad de oportunidades de los oferentes y que tanto el acto de adjudicación como el procedimiento mismo, son nulos al no haberse actualizado la precalificación N°1-85 como lo señaló el cartel, toda vez que ya en más de una oportunidad (véanse por ejemplo las Resoluciones números 106-86, 157-86 y 158-86) este Despacho ha advertido que la actualización de una precalificación debe darse siguiendo una serie mínima de pasos, pero ante todo, y en lo que aquí interesa, que debe ser un trámite previo a la realización de la licitación, y no concomitante con ella como se pretendió hacer en el presente caso. De manera que al no haber procedido la Administración a actualizar la precalificación antes de promover el concurso, la cláusula del cartel que estableció la forma en que se iba a proceder a actualizar la capacidad de las empresas participantes, debe tenerse por no puesta, y actuó bien la Proveduría Nacional al no realizar ese trámite dentro del mismo proceso licitatorio. Debemos recordar, además, que la actualización de la precalificación es una potestad de la Administración, más no una obligación que se encuentre establecida y que deba necesariamente acatar, por lo que no encontramos vicio alguno en cuanto a este aspecto se refiere, ni en el procedimiento, ni en el acto de adjudicación, añadiendo, únicamente, que tampoco consideramos que se haya presentado violación al principio de igualdad de oportunidades de los oferentes, pues todos fueron tratados en la misma forma, es decir, a ninguno se le aplicó la actualización de su capacidad de contratación en detrimento de los demás, de donde no es correcta la apreciación de la firma recurrente en este sentido". (RSL No. 53-87, pág 20-21)

IV.- Recuérdese, además de lo dicho, que la calificación obtenida por un Consorcio, lo es en cuanto tal y no es



individual para cada firma participante; es la calificación del ente jurídico de hecho conformado para ofertar a la totalidad del objeto de la contratación.

V.- En lo que concierne a la garantía de participación rendida, del mismo documento se desprende que se hace por cuenta de Chemonics International Inc., garantizando la fiel participación de Chemonics International Inc. y/o Nations Bank of Texas N. A.- Es decir, no solo la participación de la firma Dinámica no queda garantizada para participar en el concurso, sino que se incluye a un ente jurídico que nada tiene que ver con la precalificación, como es el ente bancario, por lo que resulta ocioso referirse a otros aspectos relacionados con este alegato.

VI.- Y en lo que atañe a los documentos no certificados, en el sentido de que es factible que se prevenga para su presentación conforme al artículo 56 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, del estudio del alegato y las indagaciones internas, resulta que la prevención no se realizó al constatarse la existencia de los otros dos defectos insubsanables en la oferta.

En virtud de lo expuesto, recomendamos rechazar el recurso de revocatoria interpuesto contra el acto administrativo que declara desierto el Concurso Público Internacional No.2-96 de Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial de conformidad con los artículos 38, 91 y concordantes de la Ley de Contratación Administrativa y los artículos 41.1 y 56.6 del Reglamento General de Contratación Administrativa.-"

- 0 -

Una vez discutido el asunto, **se acordó:** Acoger el informe de la Comisión designada al efecto y denegar el recurso interpuesto contra el acto administrativo que declaró desierto el Concurso Público Internacional N° 2-96 de "Fortalecimiento de la Gestión Administrativa del Poder Judicial."⁷

c. UN CASO DE OFERTA EN CONSORCIO PRESENTADO ANTE LA SALA I

"703-A-00.DOC

EXP: 00-000071-004-CA

RES: 703-A-00



SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veintidós de setiembre del año dos mil.

Recurso de apelación interpuesto por SGS Societe Générale de Surveillance Holding S.A. contra el pronunciamiento del Tribunal Arbitral denegatorio de la excepción de incompetencia, opuesta por esa misma parte dentro del proceso arbitral incoado por DISEXPORT INTERNACIONAL S A Y AUTOS CHIC S.A., contra ella. Todas las partes están debidamente apersonadas, este pronunciamiento se dicta con sustento en lo que dispone el artículo 38 de la Ley 7727 de 9 de diciembre de 1997, y

Redacta el Magistrado Montenegro Trejos; y

CONSIDERANDO:

I.- SGS Societe Générale de Surveillance Holding S. A., en adelante designada como "SGS" opone la indicada excepción por estimar que la cláusula arbitral contenida en el documento denominado "Carta de Intenciones" no comprende el conflicto sometido a la decisión arbitral. Arguye que esa cláusula fue consentida por ella y Disexport, al solo propósito de hallar una solución rápida a las diferencias surgidas en aplicación de los términos de esa carta y entre las partes suscribientes, por lo que aplicarla a otras situaciones o relaciones contractuales diferentes, tanto por el objeto cuanto por los sujetos participantes, importaría extender su radio de acción más allá de lo que las mismas partes quisieron.

II.- Con el propósito de dirimir el conflicto la Sala tiene como bien demostrados los siguientes hechos: 1- El 07 de mayo de 1998 DISEXPORT INTERNACIONAL S. A., y SOCIETE GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE HOLDING S. A., suscribieron una carta de intenciones, que repetía lo propio ya acordado en otra carta donde figuraban como suscribientes la misma DISEXPORT S.A., y SGS ARGENTINA S.A.. El objeto o finalidad de ella, en términos generales, era el de discutir y evaluar un acuerdo sobre la eventual participación de esas empresas en el proceso de licitación pública internacional 02-98 referente a la creación y funcionamiento de estaciones de revisión técnica integrada de vehículos promovido por la Proveduría Nacional a favor del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de la República de Costa Rica y en varios otros proyectos relacionados y afines; comprometiéndose ambas a realizar todos sus esfuerzos y aportar su experiencia para así dar cumplimiento a todos los aspectos de las ofertas, adjudicaciones y eventuales operaciones. En la cláusula décima literalmente se estipuló lo siguiente "esta carta de intención se regirá por las leyes de Costa Rica. Las partes acuerdan actuar entre ellas en todo momento con base a la buena fe y sanas costumbres, de conformidad de las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos, limitando la resolución de cualquier tipo de



conflictos a procesos arbitrales que deberán resolver la divergencia en términos lo más cortos posibles." (el resaltado no es del original) (f.282 del principal). 2- En la cláusula tercera, por su parte, los suscribientes estipularon que en caso de resultar adjudicatarios de los proyectos descritos tenían la intención de constituir nueva o nuevas sociedades en las cuales participaría cada una de ellas en la siguiente proporción SGS con 51% y DISEXPORT o la empresa designada por ésta, con restante 49%. (carta de intenciones de folio 14 a 19 de legajo de pruebas de la parte actora). 3- El 26 de mayo de 1998 DISEXPORT INTERNACIONAL S.A. informó a SOCIETE GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE HOLDING S.A. que de conformidad con los términos de la carta de intenciones antes mencionada, había designado a la empresa AUTO CHIC S.A., para que participara como compañía de su grupo en la licitación 02-98. Le indicó que AUTO CHIC S.A., no sólo cumplía con el objetivo del procedimiento de contratación, sino que además tenía el apoyo financiero y operativo de DISEXPORT, tanto para ese proyecto como para cualquier otro que surgiera posteriormente (f. 17 a 23 del legajo de prueba de la demandada). 4- El 27 de mayo inmediato siguiente DISEXPORT remitió otra carta a SGS aclarando que la decisión de ella de asignar a su subsidiaria AUTO CHIC S.A., la presentación de la oferta conjunta con SGS para la licitación local 02-98, no debía interpretarse como una cesión a esa compañía de los derechos y obligaciones derivados de la carta de intenciones (misma prueba indicada). 5- El 3 de julio del mismo año AUTO CHIC S.A. y SOCIETE GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE HOLDING S.A., conformaron un consorcio para participar en la licitación pública internacional número 02-98 que tenía por objeto la creación y funcionamiento de estaciones de revisión técnica de vehículos promovida por la Proveduría Nacional, estableciéndose que las partes serían solidariamente responsables ante la Administración para todos los actos relacionados con el contrato (escritura visible folio 3 y 4 del legajo de prueba de la parte actora). 6- El 7 de julio siguiente el consorcio integrado por esas dos empresas presentó la correspondiente oferta. Específicamente en ella se aclaró que " AUTO CHIC S.A., es una empresa nacional subsidiaria de la empresa DISEXPORT INTERNACIONAL S.A. (ver oferta a folios 45 a 66 en particular lo indicado a folio 49 de ese documento). 7- En notas de 29 de junio y 21 de agosto, ambas de 1998, el señor Alvaro Pinto, hace saber, respectivamente, al señor Jorge Claudio de SGS Nueva York en el primer caso y al señor Víctor Rulicki de SGS Argentina en el segundo, sobre el estado del estudio de las ofertas y les requiere información para corregir supuestos errores que tenía la oferta presentada. (folio 157 y 160 del legajo de prueba de los actores). 8- El 11 de noviembre de 1998 el licenciado Edgar Odio R., asesor legal en Costa Rica de SGS, comunicó a los señores Alvaro y Rolando Pinto en su condición de representantes de DISEXPORT INTERNACIONAL y AUTO CHIC S.A., que sus clientes habían tenido conocimiento de algunas gestiones hechas ante la Proveduría en representación del consorcio y que deseaban hacerles conocer que en lo sucesivo, antes de presentar un documento en esa representación debían tener la autorización previa de los señores Ken Squires, Jorge Claudio, José Andrés Monge o del firmante, sea el licenciado Odio, para hacerlo. (documento visible a folio 163 del legajo



de prueba de la parte actora). 9- En nota de 9 de febrero de 1999, suscrita en membrete de DISEXPORT INTERNACIONAL S.A., contestando un e-mail del día anterior, el señor Alvaro Pinto comunicó a don Jorge Claudio, de SGS de Nueva York, que no estaba de acuerdo en compartir honorarios por los servicios de asesoría jurídica contratada por SGS, alegando que conforme a la carta de intenciones suscrita, lo convenido era que cada una de las partes cubriera sus gastos legales, contables y otros (folio 166 del legajo de pruebas de los actores). 10- El 12 de febrero del mismo año 1999 el señor Jorge Claudio informó a don Alvaro Pinto, que en consideración a que el grupo suyo tenía otros negocios con el Gobierno de Costa Rica no querían cuestionar la decisión de la Proveduría Nacional y aceptaban darle el negocio a SUPERVISIÓN y CONTROL. Agregaron que no querían involucrarse en el cuestionamiento que podía hacer DISEXPORT a la indicada decisión (folio 171 del legajo de prueba de la parte actora). 11- El 23 de febrero, siempre del año 1999, el señor Jorge Claudio, en representación de SGS, comunicó a don Alvaro Pinto que su representada había decidido no apelar la decisión de la Proveduría Nacional de fecha 5-2-1999 donde se adjudicaba la licitación de inspección de vehículos a Supervisión y Control, y advertía que si DISEXPORT INTERNACIONAL decidía apelar lo haría exclusivamente en su nombre y no en el de SGS (ver documento de folio 175 del legajo de prueba de la parte actora). 12- El 15 de julio de 1999, refiriéndose a la gestión de don Alvaro Pinto para que se sometiera el conflicto surgido entre ellos a un arbitraje en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, el señor Jean Pierre Mean, representante de SGS, comunicó lo siguiente "mientras que, de acuerdo a la carta de intenciones celebrada entre DISEXPORT INTERNACIONAL S.A. Y SGS SOCIETE GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE, todas las controversias deberán ser finalmente referidas a arbitraje, el Artículo 10 de esa Carta de Intenciones no se refiere a ningún foro de arbitraje específico, por lo que le deja a las partes el determinar de mutuo acuerdo un foro aceptable". En consecuencia manifestó su inconformidad en someter la controversia a aquel centro. (documento traducido a folio 24 del legajo de prueba de los actores).

III.- La carta de intenciones, en la cual se pactó la cláusula arbitral, es ciertamente un acuerdo preliminar, con vista a la futura participación de las sociedades suscribientes en el proceso de licitación pública Internacional No 02-98, referente a la creación y funcionamiento de Estaciones de Revisión Técnica Integrada de Vehículos, promovida por la Proveduría Nacional en interés del Ministerio de Obras Públicas y Transportes. En ella, empero, se toman ya varios acuerdos proclives a evaluar la viabilidad de la asociación y hasta se habla de las previsiones a tomar de resultar adjudicatarias. Ahora bien esas intenciones se materializaron luego dentro del propio esquema, pues todos los actos posteriores se dirigieron al mismo propósito que animó la suscripción de la carta. Es verdad que Auto Chic S.A., no estaba mencionada en aquel documento, pero hay correspondencia y documentos suscritos por ambas partes, donde se afirma, sin protesta de SGS, la



incorporación de esa sociedad, como subsidiaria de DISEXPORT, en el proceso licitatorio, mas tarde formalizada en el denominado convenio de consorcio, suscrito por esta sociedad y SGS. Particularmente esto es manifiesto en la oferta hecha por el consorcio (Fs. 45 y sig.del legajo de pruebas de los actores). La relación, por otra parte, se mantuvo fiel a las intenciones preliminares. Por eso lleva razón el Tribunal Arbitral al interpretar que no hubo una solución de continuidad entre lo convenido en esa carta y los demás actos, sino un solo negocio concretado en diversas fases, en una de las cuales, por convenio entre ellas, participó Auto Chic S.A., cosa que no era extraña a las intenciones expuestas en el primer documento, pues en él se previó, expresamente ,la participación de otra u otras sociedades. Así entendido, la disputa sometida a arbitraje está insita en los términos "cualquier tipo de conflicto", empleados en la cláusula arbitral. Con esto no se da un alcance genérico a la cláusula, más allá de la voluntad de las partes, pues su especificidad viene impuesta por referirse exclusivamente al conflicto o conflictos derivados de la preparación y participación en el proceso licitatorio. La Sala, en consecuencia, encuentra ajustado a derecho lo declarado por el Tribunal arbitral y estima que su decisión merece ser confirmada.

POR TANTO:

Se confirma la decisión del Tribunal Arbitral que declaró sin lugar la excepción de incompetencia. Vuelvan los autos a dicho Tribunal para que continúe con el proceso."⁸

FUENTES CITADAS



-
- ¹ ROMERO PÉREZ Jorge Enrique. La oferta en la Contratación Administrativa pública. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 53 de mayo-agosto de 1985. página 134.
- ² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Resolución RC-379-2000.
- ³ CÓRDOBA Ruth. La Oferta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. [en línea] disponible en <http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/htmls/documentacion/contratacion%20administrativa.htm> Consultado el 25 de septiembre del 2006.
- ⁴ LEY DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Ley No. 7494 de 2 de mayo de 1995. Art. 38
- ⁵ REGLAMENTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. Decreto Ejecutivo número 25038-H del 6 de marzo de 1996. Art. 41
- ⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Acta de Corte Plena N° 22-97 del 7 de julio de 1997. Art. III.
- ⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Acta de Corte Plena N° 22-97 del 7 de julio de 1997. Art. III.
- ⁸ SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución n° 703-A-00 del 22 de setiembre del 2000.