

AL CONTESTAR REFIÉRASE
AL N° 11336
DC-0527

R-DC-191-2010. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.
Despacho Contralor. San José, a las trece horas del dieciocho de noviembre de dos mil diez.-----

Recurso de apelación en subsidio interpuesto por el doctor Enrique Rojas Franco en contra del oficio 10244 de 22 de octubre de dos mil diez y avalado por el señor Francisco Artavia Castro, en su carácter de Presidente de ACODELGO. -----

RESULTANDO

I. Que mediante oficio 3403 (DJ-1397-2010) de 16 de abril de 2010, la División Jurídica otorgó autorización para que JUDESUR contratara en forma directa la concesión de los locales del Depósito Libre Comercial de Golfito, con los actuales concesionarios, por un plazo de seis meses. Al efecto, se indica: “... *En relación con la solicitud de prórroga, este órgano contralor estima pertinente señalar que no resulta factible prorrogar el plazo de diez años dispuesto por el legislador mediante la Ley No. 7730 del 20 de diciembre de 1997. En ese sentido, cualquier prórroga de ese plazo es una competencia exclusiva de la Asamblea Legislativa, que no resulta posible ampliar a esta Contraloría. ... En virtud de que la vigencia máxima de la contratación directa que se está autorizando es de seis meses, la Administración deberá celebrar el procedimiento de Licitación Pública durante dicho plazo, incluyendo la etapa de refrendo en caso de que corresponda conforme los términos del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública. ...* **b. Sobre las relaciones contractuales que se autorizan.** ... Al respecto, estima este órgano contralor que se autoriza la nueva contratación de todos los concesionarios actuales en las condiciones pactadas en las adendas que vencen próximamente y bajo el entendido de que se apegarán a todas las regulaciones emitidas por la Junta, el Ministerio de Hacienda y otras entidades relacionadas, respecto de la operación en el Depósito Libre Comercial de Golfito. En ese sentido, se deja condicionada la

autorización a que las concesionarias manifiesten su anuencia a los términos de este contratación, en la medida en que si bien se mantienen las condiciones de operación, es evidente que el plazo y el sustento jurídico es diferente. / En ese sentido, se reitera que con la inclusión del artículo 14 bis a la Ley de Creación del Depósito Libre de Golfito, el legislador determinó que dichos contratos podrían ser prorrogados por una única ocasión por otro período de 10 años. En consecuencia, fenecido ese plazo de la prórroga debe celebrarse un procedimiento de Licitación Pública, en virtud de la remisión expresa que realiza el artículo citado a la Ley de Contratación Administrativa. / No se pierde de vista, que también existen locales que fueron consumidos por un incendio y que en la actualidad no están en operación. Al respecto, es preciso indicar que estos se incluyen dentro de la presente autorización, puesto que como se desprende del oficio DEC No. 184-03-2010, el IMAS como titular de la concesión del Local No. 16 se encuentra interesado en mantener sus derechos ...”.-----

II. Que mediante oficio 5892 (DJ-2455) de 21 de junio de 2010 se emitió criterio “sobre la vigencia del oficio No. 03403 (DJ-1397-2010), emitido por esta Contraloría General el día 16 de abril de 2010, en razón de la reforma del artículo 14 bis de la Ley de Creación de un Depósito Libre Comercial en el área urbana de Golfito”. Sobre el particular, se señala: “... **II- Criterio del Despacho** / Los contratos de concesión del Depósito y las adendas a los mismos celebradas en el año 2000, vencieron los días 19, 25, 27 y 28 de abril del corriente tal y como se precisó en el oficio No. 3403 del 16 de abril de 2010, al que se ha venido haciendo referencia. Es por esta razón precisamente que este órgano contralor autorizó una **nueva contratación** a partir de las fechas de vencimiento de esas contrataciones, considerando también que los plazos dispuestos en esos contratos y sus adendas fueron definidos por el legislador y no resultaba factible prorrogar un plazo dispuesto por el legislador. ... Realizadas estas precisiones, se tiene que para el día 6 de mayo del corriente, momento en que entra en vigencia la reforma al artículo 14 bis de la Ley 7012, ninguno de los concesionarios del Depósito, tiene 10 años de ostentar dicha calidad y por ende, no resulta aplicable a los mismos la prórroga que contempla dicho numeral. Lo

anterior, bajo la consideración que el plazo dispuesto por el legislador había fenecido, de tal forma que lo que subsistía era una contratación directa por seis meses que pretendía precisamente atender el interés público que se podría ver afectado en caso de que cesara de operar el Depósito Libre de Golfito, con las graves consecuencias económicas y sociales que ello podía generar. ...”-----

III. Que mediante oficio 9688 (DCA-0184) de 6 de octubre de 2010 se otorgó autorización para que JUDESUR contratara directamente la concesión de los locales del Depósito Libre Comercial de Golfito, con los actuales concesionarios por un plazo de seis meses. Al respecto, se dice: “... *Bajo esta línea de pensamiento, en aras de evitar lesiones al interés público y en virtud de que la autorización de contratación directa de marras vence el día 19 de octubre del corriente, esta Contraloría General estima factible conceder una nueva autorización a partir de su vencimiento el 19 de octubre. / No obstante, se ha requerido el plazo de un año ... Sin embargo, este órgano contralor estima que el plazo solicitado, desconoce que ya se cuenta en la actualidad con un borrador de cartel y que la Junta debe reconocer que un tema como las concesiones de locales del Depósito Libre, debe atenderse a la mayor brevedad por los procedimientos ordinarios, en aras de mantener una respuesta sostenida al funcionamiento del Depósito Libre y sobre todo de cumplir los cometidos de desarrollo para el que fue creado. Es por ello que, el plazo autorizado será de 6 meses adicionales y que se cuentan a partir de la fecha de vencimiento y que incluye la etapa de formalización contractual y de refrendo en caso de que corresponda ...” -----*

IV. Que por oficio 10244 de 22 de octubre de dos mil diez, notificado el 25 de octubre siguiente, la División de Contratación Administrativa atendió recurso de reconsideración de los oficios 3403 (DJ-1397-2010) y 5892 (DJ-2455-2010) presentado por el doctor Enrique Rojas Franco, asesor legal de ACODELGO. Al respecto se indica: “... **II. Criterio del Despacho** / *Respecto a la solicitud de reconsideración presentada por el asesor legal de ACODELGO, debe indicarse que los trámites resueltos por esta Contraloría General mediante los oficios No. 03403 (DJ-1397) de fecha 16 de abril de 2010, No. 05892 (DJ-2455) de fecha 21 de junio*

de 2010; que fueron requeridos en su momento por JUDESUR, son trámites que únicamente tienen como interlocutor a la Administración y en todo caso, no admiten contención o controversia por terceros ajenos que eventualmente puedan estar interesados en el asunto. / En ese sentido la autorización que se concedió oportunamente, versa sobre la ponderación de aspectos de interés público cuya representación le corresponde a esa Junta en cuanto al Depósito Libre se refiere. De igual forma, la consulta es un trámite que correspondió únicamente a la Junta respecto a los alcances de la contratación directa autorizada. / Aunado a lo anterior, se tiene que en ninguno de los dos trámites la Asociación de Concesionarios ... se constituyó como parte, por lo que tampoco por esta razón contaría con la legitimación necesaria para interponer la gestión de reconsideración. Por lo demás, aun asumiendo que tuvieran legitimación –que ya se indicó que no la posee–, lo cierto es que de conformidad con el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública debe ser presentado dentro de los tres días a partir de la última comunicación del acto final, plazo que evidentemente se encuentra fenecido. Lo anterior si se considera que el oficio No. 05892 (DJ-2455) de fecha 21 de junio de 2010, fue debidamente notificado a JUDESUR el día 25 de junio del corriente... En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, esta Contraloría General rechaza la reconsideración solicitada y mantiene el criterio emitido el oficio No. 05892 (DJ 2455) de fecha 21 de junio de 2010. / No obstante, dada la trascendencia que tiene el funcionamiento del Depósito Libre para la economía y generación de trabajo en la Zona Sur del país, se estima oportuno referirse a los aspectos de fondo más relevantes del escrito presentado por el asesor legal de ACODELGO. ... **B-Caso concreto.** ... Se tiene, que este órgano contralor con fundamento en el artículo 2 bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa y 138 y 139 del Reglamento a la misma, mediante el oficio No. 02403, lo que otorgó fue una autorización de contratación directa con los concesionarios a ese momento del Depósito; en aras de evitar lesiones al interés público ocasionaría (sic) el eventual cierre del Depósito, dado el cercano vencimiento de las concesiones de los locales que conforman el mismo. / Asimismo, se tiene que JUDESUR requirió criterio de esta Contraloría

*General respecto a si la reforma del artículo 14 bis de la Ley de Creación del Depósito Libre Comercial de Golfito, dejaba sin efecto el oficio No. 03403 (DJ-1397-2010) del 16 de abril de 2010. / Solicitud de criterio, en virtud del cual esta Contraloría General determinó que: “para el día 6 de mayo del corriente, momento en que entra en vigencia la reforma al artículo 14 bis de la Ley 7012, **ninguno de los concesionarios del Depósito, tiene 10 años de ostentar dicha calidad y por ende, no resulta aplicable a los mismos la prórroga que contempla dicho numeral. Lo anterior, bajo la consideración que el plazo dispuesto por el legislador había fenecido, de tal forma que lo que subsistía era una contratación directa por seis meses que pretendía precisamente atender el interés público que se podría ver afectado en caso de que cesara de operar el Depósito Libre de Golfito, con las graves consecuencias económica y sociales que ello podría generar”. ... Por lo expuesto, en criterio de este órgano contralor se requiere la celebración del procedimiento de licitación pública para que una vez que quienes resulten concesionarios como consecuencia de la celebración de dicho procedimiento, cumplan diez años de estar operando en el Depósito; se configure el supuesto de (sic) fáctico establecido por el artículo 14 bis de la Ley de Creación del Depósito Comercial de Golfito, para que pueda aplicárseles la prórroga prevista en dicha norma. ...”***-----

V. Que mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2010, el doctor Rojas Franco cuestiona el oficio 10244/2010. Al respecto, señala que “... *Con base en lo expuesto, ésta (sic) representación no comparte el criterio desarrollado por la División de Contratación Administrativa, pues es claro que los actuales concesionarios, incluyendo los titulares de los locales quemados, a la fecha ya cumplieron incluso 20 años de operar en el Depósito (algunos impedidos del disfrute en razón del incendio que quemó sus locales desde hace casi DIEZ AÑOS), y en virtud de la referida Ley No. 8813, se les ha prorrogado por diez años más el derecho subjetivo público, derecho incuestionable, y que para ser dejado sin efecto se debe seguir los trámites que dispone la Ley. / En razón de lo anterior, se evidencia el criterio errado de la División de Contratación Administrativa, que concluye que al día en que entró a*

regir la Ley No. 8813 de 23 de abril de 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 87 del 06 de mayo de 2010, ninguno de los concesionarios del Depósito tiene 10 años de ostentar dicha calidad, cuando por el contrario tienen incluso más de una década de ostentar la concesión, y por ende, sí resulta aplicable a los mismos la prórroga contemplada mediante la ley No. 8813. ... Es claro que el Oficio indicado, contraviene la Ley No. 8813 de 23 de abril de 2010, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 87 del 06 de mayo de 2010, en virtud de la prórroga que dicha Ley dispone, toda vez que es un acto de fuerza, resistencia y potencia de ley. En otros términos, ni la Contraloría General como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, ni mucho menos JUDESUR, pueden dejar sin efecto esa Ley. / Es claro entonces, el espíritu, la ratio legis, que prorroga la concesión por 10 años más, y no puede ninguna resolución administrativa, con menor rango jurídico a la Ley, dejarla sin efecto. ... Adicionalmente, sin demerito de lo anterior, apreciamos que siguiendo la tesis de la División de Contratación Administrativa, existe otro yerro, y es que conforme al numeral 140 de la Ley General de la Administración Pública, de aplicación viable en la especie, el acto administrativo produce su efecto después de comunicado al administrado, EXCEPTO SI LE CONCEDE UNICAMENTE DERECHOS, EN CUYO CASO LO PRODUCIRA DESDE QUE SE ADOPTE, de manera que siendo que la Ley No. 8813 le confiere un derecho a los concesionarios del Depósito Libre de Golfito, es a partir del dictado de la Ley, sin importar la fecha de su publicación, que debe determinarse si las concesiones efectivamente habían fenecido o no y si aplicaba o era procedente la prórroga. / En ese orden, si conforme al estudio de esa Contraloría, el plazo dispuesto por el legislador había fenecido entre los días 19, 25, 27 y 28 de abril de 2010, y la Ley No. 8813 se dictó el 23 de abril de 2010, es claro que a ese momento no habrían fenecido todas las concesiones, de manera que tampoco la tesis de la División de Contratación Administrativa es acertada, toda vez que habría concesiones vigentes a esa fecha. / **V.- Petitoria:** Con base en todo lo expuesto, solicito se acoja la presente acción recursiva, y se revoque lo resuelto mediante los oficios No. 03403 (DJ-1397), No. 05892 (DJ-2455) y No.

10244 (DCA-0337) de 22 de octubre de 2010, en cuanto insisten en que resulta procedente en la especie el trámite de licitación pública. ...” -----

VI. Que mediante oficio DCA-0441 de 2 de noviembre, la División de Contratación Administrativa trasladó el expediente a este Despacho.-----

VII. Que mediante escrito fechado 22 de octubre de 2010 y presentado el 2 de noviembre de 2010, el señor Francisco Artavia Castro, en su carácter de presidente de la Asociación de Concesionarios del Depósito Libre Comercial de Golfito (ACODELGO) dice ratificar en todos sus aspectos jurídico materiales los escritos presentados por su asesor legal, fechados 12 y 27 de octubre de 2010, ante la Contraloría General de la República. Lo anterior, avalado en asamblea general de ACODELGO realizada el 19 de octubre de 2010. *“En su oportunidad también presentaremos declaraciones de diputados de la anterior Administración, en que establecieron que la ratio legis, el espíritu, sentido de la Ley No 8813 de fecha 23 de abril de 2010, publicada 6 de mayo de 2010 en la gaceta no. 87, es prorrogar por diez años y que no existiera licitación por concesión...” -----*

CONSIDERANDO

I. Sobre la interposición del recurso. En relación con este punto, debe aclararse que en el expediente no consta poder otorgado a favor del doctor Rojas Franco por ACODELGO, sino únicamente el aval externado por el señor Francisco Artavia Castro, en su condición de presidente de dicha Asociación, carácter que tampoco acredita el señor Artavia Castro. Se dice que dicho aval fue conocido en Asamblea General de ACODELGO, pero no se envía copia del acuerdo. Por otra parte, el oficio 10244/2010 fue notificado el 25 de octubre de 2010 y el recurso presentado el 28 de octubre siguiente, es decir, dentro de tercero día según lo regula la Ley General de la Administración Pública. Partiendo de que según la tesis desarrollada por la División de Contratación Administrativa, los reparos para admitir el análisis de los cuestionamientos interpuestos por el señor Rojas Franco son de legitimación y de plazo, se procede a analizar tales aspectos. En cuanto a la legitimación y al contrario

de la tesis sostenida por la citada División, este Despacho considera que la Asociación de Concesionarios del Depósito Libre de Golfito cuenta con interés legítimo para impugnar asuntos relacionados con la autorización dada en su momento para contratar en forma directa los locales comerciales del Depósito, así como con la interpretación dada, vía consultiva, de la reforma legal introducida a la Ley 7012 por la Ley 8813, por la vinculación de sus asociados con el tema. De igual manera, al no haber sido parte ACODELGO en las solicitudes de autorización, no le son oponibles los plazos de notificación a JUDESUR, por lo que se estima procedente analizar el fondo de los cuestionamientos. -----

II. Sobre el fondo. El tema cuestionado es la reforma operada por la Ley 8813 a la Ley de creación del Depósito Libre Comercial de Golfito (Ley 7012 de 4 de noviembre de 1985), concretamente en cuanto al régimen de la concesión de los locales comerciales y la interpretación que se hace de los alcances de dicha reforma. Más de diez años después de la creación del Depósito, por Ley 7730 de 20 de diciembre de 1997, se incorporó un artículo 14 bis a la citada Ley 7012, que disponía: *“Todos los concesionarios que cumplan diez años de operar en el depósito libre comercial de Golfito, conservarán sus derechos sobre la concesión otorgada, la cual será **prorrogable por un sólo periodo de diez años**, siempre que el concesionario haya cumplido con las obligaciones establecidas en las leyes y los reglamentos que rigen la operación del depósito. Al cumplirse la prórroga, la Junta deberá proceder a cumplir con los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494, de 2 de mayo de 1995”* (el destacado es nuestro). Dicha norma establece la posibilidad de prorrogar los contratos **por una única vez**, lo que habilita tener concesiones por un plazo de veinte años. Posteriormente, ingresó a la corriente legislativa el proyecto de ley “Reforma del artículo 18 de la Ley 7012, creación de un depósito libre comercial en el área urbana de Golfito y sus reformas” (expediente 17329) con la intención de modificar el artículo 18 de la citada Ley 7012; no obstante, por una moción remitida por el plenario legislativo, vía artículo 137, aprobada en Comisión Permanente de Asuntos Económicos en abril del 2010, se modificó el artículo 14 bis, en los siguientes

términos: *“Todos los concesionarios que cumplan diez años de operar en el depósito libre comercial de Golfito conservarán sus derechos sobre la concesión otorgada, la cual **será prorrogable por períodos de diez años**, siempre que el concesionario haya cumplido las obligaciones establecidas en las leyes y los reglamentos que rigen la operación del depósito. **Al cumplirse la prórroga, la Junta deberá proceder a cumplir los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de contratación administrativa, N.º 7494, de 2 de mayo de 1995.**”* (Ley 8813 de 23 de abril de 2010, publicada el 6 de mayo de 2010. Los destacados son nuestros). Revisado el expediente legislativo se advierte que la moción alusiva a la modificación del artículo 14 bis carece de justificación, no fue explicada por sus proponentes; ni comentada en la Comisión Permanente de Asuntos Económicos; ni analizada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, ni tampoco, para sorpresa del propio presidente de la Asamblea, discutida en Plenario durante el primer debate. En el segundo debate se dieron algunos comentarios, en temas ajenos al artículo 14 bis. Con esta coyuntura, se tiene una norma que es vigente, desde la publicación en el Diario Oficial, sea desde el 6 de mayo de 2010, porque así lo establece su texto. Contrario a lo que argumenta el recurrente, no le resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley General de la Administración Pública, que se refiere a actos administrativos en general y no a la aplicación directa de una ley que tiene sus propias reglas. Según el artículo 129 de la Constitución Política, las leyes surten efectos desde el día en que éstas designen. En el caso de la Ley 8813 el propio texto fija su vigencia desde el momento de publicación. Por técnica legislativa, cuando la vigencia de una normativa específica requiere de algún ajuste o existen **derechos que proteger**, la solución es incorporar medidas transitorias que resguarden tales situaciones, lo que en este caso no se da. Por otra parte, según el artículo 10 del Título Preliminar del Código Civil, *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”*. El artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, **la norma administrativa** debe ser interpretada en la

forma en que mejor garantice la **realización del fin público**, dentro del respeto a los derechos e intereses del particular, tomando en cuenta las **otras normas conexas** y “... *la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere*”. Si se confronta la redacción original del artículo 14 bis, con la reforma introducida por la Ley 8813, se advierte que el cambio es haber eliminado el límite de una única prórroga a las concesiones de los locales; luego sería factible más de una prórroga siempre que las condiciones de base así lo permitan. Fundamentalmente, que los concesionarios se encuentren a derecho, en cuanto a la concesión como tal y amparados a un contrato legal. Pese a que el límite fue suprimido, no puede pensarse en prórrogas indefinidas en el tiempo por dos razones. Una, porque una condición esencial de cualquier contrato administrativo y la concesión no es la excepción es contar con un plazo cierto y definido. Lo contrario, sería desconocer el régimen legal existente, las razones que llevaron a los Constituyentes a establecer la licitación como medio idóneo para la selección de contratistas y permitir contratos prácticamente vitalicios. Otra, porque el mismo artículo 14 bis) refiere a la aplicación de los procedimientos de contratación administrativa, vencido el plazo de la prórroga, que con la interpretación de los recurrentes, de que el sistema aplica sólo cuando algún concesionario se retire, nunca tendría lugar. El artículo 14 bis debe interpretarse de forma armónica, primero en sí mismo y luego también con el resto de las disposiciones, en especial las de orden constitucional. Es cierto que los concesionarios tienen más de diez años de estar en el Depósito, de ahí que ya resultaron beneficiados con una primera prórroga; como también es cierto que se trata de un plazo legal ya fenecido cuando la Ley 8813 entró en vigencia. Una prórroga es una extensión de plazo de un contrato en ejecución, que no puede aplicarse a un contrato de plazo vencido. En todo caso, la condición establecida en el artículo 14 bis es concreta, **cumplida la prórroga**, no se dice cuál, si la primera, la segunda o la tercera, se deben observar los procedimientos de contratación respectivos. En el caso que nos ocupa la prórroga no sólo está cumplida, sino que el plazo de los contratos vencido. En consecuencia, se mantiene lo señalado por la División de Contratación Administrativa en el oficio 10244/2010, en cuanto a la necesidad de acudir a los procedimientos establecidos en la Ley de

Contratación Administrativa, salvo en cuanto a la legitimación que se reconoce a ACODELGO para recurrir y la no oponibilidad del plazo de notificación de JUDESUR a dicha Asociación, para tales fines. -----

POR TANTO

De conformidad con lo señalado y lo dispuesto en los artículos 129, 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 10 del Título Preliminar del Código Civil, Ley 7012 de 4 de noviembre de 1985, Ley 7730 de 20 de diciembre de 1997, Ley 8813 de 23 de abril de 2010 publicada el 6 de mayo de 2010, 10 y 351 de la Ley General de la Administración Pública, se resuelve: **DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso interpuesto por el doctor Enrique Rojas Franco y avalado por el presidente de ACODELGO, **únicamente** en cuanto se le reconoce a dicha Asociación legitimación para recurrir y la no oponibilidad a ésta del plazo de notificación de JUDESUR, en lo demás se declara sin lugar el recurso y se mantiene lo señalado en el oficio 10244/2010. -----

NOTIFÍQUESE.-----

Rocío Aguilar Montoya
CONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA

RAM/JHA/src

Ce: División Contratación Administrativa
Ci: Copiador
Archivo Central
Ni: **Ni: 19628-20929-21129-21130/2010**
DCA-0441-2010