

AL CONTESTAR REFIÉRASE

AL N° 3286
DC-0129

R-DC-46-2011. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Despacho Contralor.
San José, a las doce horas del doce de abril de dos mil once.-----

Recurso de reconsideración, reposición (revocatoria), nulidad concomitante y apelación en subsidio interpuesto por el señor Francisco Artavia Castro, en su carácter de presidente de la Asociación de Concesionarios del Depósito Libre Comercial de Golfito (ACODELGO) en contra del oficio número 2395 de 11 de marzo de 2011 (DCA-683).-----

RESULTANDO

I. Que mediante oficio 2395 (DCA-0638) de 11 de marzo de 2011, la División de Contratación Administrativa contestó al señor Francisco Artavia Castro, presidente de ACODELGO, petición urgentísima por la cual solicitó la nulidad absoluta de los oficios 3403 de 16 de abril de 2010 y 5892 de 21 de junio de 2010, del procedimiento de licitación pública 2010LN-000002-JUDESUR, al tiempo que requirió la adopción de una medida cautelar (expediente, folios 2991 a 2997).-----

II. Que el oficio 2395 fue notificado el 11 de marzo de 2011 (expediente, folio 2998).-----

III. Que mediante escrito presentado el 16 de marzo de 2011, el señor Francisco Artavia Castro, en su carácter de presidente de la Asociación de Concesionarios del Depósito Libre Comercial de Golfito (ACODELGO), interpuso recurso de reconsideración, reposición, nulidad concomitante y apelación en subsidio en contra del oficio número 2395 de 11 de marzo de 2011 (DCA-683). Lo anterior, con base en los siguientes argumentos: **1) Sobre la medida cautelar.** El recurrente señala que se presentó ante la Contralora General la solicitud de una medida cautelar, que ésta delegó indebidamente en la Dirección (sic) de Contratación Administrativa, sin que los funcionarios comprendieran cuál era la solicitud. Se estaban gastando ciento veinte millones de colones en publicidad, en lugar de destinar esos recursos a paliar las necesidades urgentes de los habitantes de la zona sur, contrariando los fines establecidos por ley. Además, como el cartel

había sido objeto de impugnación por razones de nulidad era un desperdicio de recursos públicos, porque no se sabía en definitiva cómo se iba a resolver el recurso. En la actualidad no existe cartel y el tercer cartel es muy probable que sea impugnado. *“Existe además un procedimiento de aclaraciones, como lo dijo la misma resolución y de nulidades de cláusulas, y en ese sentido, es claro que no existe un cartel definitivo, expreso, claro, contundente, y eso viola los principios de seguridad jurídica y justicia”*. La Contraloría General no le ordenó a JUDESUR suspender la millonaria publicidad. ¿Ante quién se va a solicitar la vigilancia del uso correcto y transparente de los fondos públicos? *“Cohonestó esa Contraloría con un despilfarro de fondos públicos. Consecuentemente se hace copartícipe de responder de su uso incorrecto y disposición. Corresponde entonces a los Tribunales de Justicia y al Ministerio Público, establecer si hubo violación a las normas penales, especialmente el incumplimiento de deberes, que establecen el Código Penalmente ... De modo que se hará contra la señora Contralora, quien delegó ilegítimamente, como lo hace en muchos casos, y se lo trasladó al señor Elard Gonzalo Pérez, y a la señora Olga Salazar Rodríguez, quienes obviamente también violaron el ordenamiento civil, penal, etc. / Presentaremos la denuncia también a la Comisión de Control de Gasto Público de la Asamblea Legislativa, para que ejerza el control político, y obviamente quien va a solicitar a nombre de toda la comunidad, de todos los habitantes de escasos recursos de la Zona Sur, un informe que indiqué (sic) en qué se gastaron sus pocos recursos, los que se crearon en su beneficio, para que no se desperdicien más adelante. / En este sentido, vamos a ir a acudir a la Procuraduría de la Ética Pública de la Procuraduría General de la República, como ente que sería el llamado a controlar, y a la Defensoría de los Habitantes, que también tiene competencia, de acuerdo con la Ley...”* **2) Sobre la protocolización de los contratos.** El hecho de que no se necesitara protocolización de los contratos, no significa que no se hiciera y JUDESUR lo hizo por considerar que la *“... fecha para la aplicación de la Ley iniciaba cuando se constituyeron dichos contratos en instrumentos públicos, esto para aspectos de seguridad jurídica, entonces ese ente contralor no puede obligar, cuando no le costó un cinco que esto se hiciera para mayor certeza de los concesionarios”*. Al estar en presencia de materia ablativa o ablatoria la interpretación es restrictiva, pues una ley les dio el derecho de seguir por diez años más pero la interpretación que

se está haciendo obviamente es restrictiva de derechos y en consecuencia absolutamente nula. La interpretación debe hacerse en beneficio de los concesionarios, pues el ordenamiento jurídico así lo prevé. Se solicita acoger la presente acción recursiva, para todo efecto jurídico, sin perjuicio de establecer las demandas en vía contenciosa y con solicitud de medidas suspensivas (expediente, folios 2999 a 3015).-----

IV. Que mediante oficio 2937 (DCA-0850) de 29 de marzo de 2011, la División de Contratación Administrativa declaró sin lugar el recurso de reconsideración, revocatoria y nulidad concomitante presentado por ACODELGO (expediente, folios 3016 a 3023).-----

V. Que mediante oficio DCA-0903 de 4 de abril de 2011, la División de Contratación Administrativa trasladó el expediente a este Despacho (expediente, folios 3029 y 3030).-----

CONSIDERANDO

I. Admisibilidad. El oficio 2395/2011 fue notificado el 11 de marzo de 2011 (expediente, folio 2998) y el recurso presentado el 16 de marzo siguiente (folio 2999) por lo que se considera interpuesto en tiempo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 de la Ley General de la Administración Pública y como tal se analiza.-----

II. Sobre el fondo. 1) Sobre la medida cautelar. La solicitud presentada en su momento por la Asociación de Concesionarios se orientaba a pedir a JUDESUR suspender “... *de inmediato la publicidad que está realizando en los diferentes medios de prensa, de un acto que no está firme. / Si la Contraloría anula el Cartel, que a no dudarlo lo va a hacer, o sea, sus cláusulas, que por lo menos se le advierta en su publicidad (sic) JUDESUR. ... No obstante, queremos que la Contraloría General de la República, u (sic) ordene que lo realicen, no sólo la suspensión de la publicación, sino que lo publiquen en los mismos medios en que embarcaron a los empresarios. ...*” (expediente, folio 2950). En relación con este tema, se deben externar algunos comentarios.

Primero, una medida cautelar se entiende en el marco de un procedimiento o actuación concreta, que en aquél momento eran los recursos de objeción que se tramitaban en contra del cartel de la licitación pública 2010LN-000002-JUDESUR, razón por la cual la gestión fue atendida por la

División de Contratación Administrativa, que tenía a cargo el respectivo trámite. Segundo, en materia de contratación pública, la División de Contratación Administrativa tiene a cargo la tramitación tanto de recursos de objeción al cartel como de apelación en contra de actos de adjudicación, según lo dispuesto por el artículo 19 bis del Reglamento Orgánico de la Contraloría General (R-CO-34-2009 de las diez horas del veintidós de mayo de dos mil nueve, modificado por R-CO-123-2010 de las catorce horas del diecinueve de julio de dos mil diez). En consecuencia, que la División de Contratación Administrativa resolviera la gestión presentada, cuando se encontraban en trámite recursos de objeción al cartel, está acorde con las competencias internamente asignadas a dicha Unidad. Tercero, según se observa del argumento transcrito, la inquietud de la Asociación en torno a la publicación era que se trataba de un acto cuestionado, llegando al punto de requerir que de continuar JUDESUR en esa línea, al menos tuviera que advertir a los posibles interesados de la existencia de los recursos presentados en contra del cartel. El hecho de que un cartel pueda ser cuestionado, vía recurso de objeción, no significa que éste no exista o bien que el procedimiento no deba continuar. Cuarto, la publicidad que de un concurso pueda hacer una entidad pública, dentro de un procedimiento de contratación administrativa, a fin de promover la más amplia participación de oferentes es un asunto que podría ventilarse vía recurso de objeción, en el tanto limitara de alguna forma dicha participación o incidiera de manera negativa en los fines del procedimiento. No obstante, la estrategia de publicidad y su respectivo costo son decisiones institucionales sujetas más bien al control interno de la entidad o bien al control posterior de la propia Auditoría Interna y de este órgano contralor. En su momento, la División de Contratación Administrativa no encontró justificación para detener publicaciones tendentes a avisar de la existencia de un procedimiento licitatorio, el cual a la fecha se encuentra en trámite. Luego, no es cierto que este órgano contralor haya contribuido con el presunto despilfarro de recursos públicos, si ni siquiera se conoce el sustento de la estrategia de mercadeo del procedimiento, seguida por la entidad, en un trámite complejo como lo es la concesión de locales, por un plazo considerable. JUDESUR tiene como fin estimular el progreso económico, pero también administrar el Depósito Libre Comercial de Golfito con todo lo que ello implica. **2) Sobre los contratos.** Si bien convenir contratos mediante escritura

pública no corresponde a un deber legal, este órgano contralor no desconoce tal alternativa. Tampoco se ha indicado que en este caso concreto, JUDESUR no debió haberlo hecho. Lo que sucede es que un contrato en estas condiciones (escritura pública) no anula los contratos anteriores, plasmados en simple documento y debidamente firmados por las partes, ni las condiciones allí pactadas; menos si los contratos anteriores se habían celebrado bajo esa forma. Por otro lado, en cuanto a la línea de interpretación del artículo 14 bis de la Ley de Creación del Depósito Libre de Golfito, que la Asociación recurrente expone, se reitera que es un tema ya analizado por este Despacho. Situación que incluso llevó al interesado a formular una medida cautelar ante causam en sede contenciosa, que actualmente se tramita en el expediente 11-1421-1027-CA.-----

POR TANTO

Con base en las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de sustento a esta resolución, artículos 183 y 184 de la Constitución Política, 351 de la Ley General de la Administración Pública, artículo 19 bis del Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República, se dispone **DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de reconsideración, nulidad concomitante y apelación en subsidio interpuesto por el señor Francisco Artavia Castro, en su carácter de presidente de la Asociación de Concesionarios del Depósito Libre Comercial de Golfito (ACODELGO) en contra del oficio número 2395 de 11 de marzo de 2011 (DCA-683).-----

Notifíquese.-----

Rocío Aguilar Montoya
CONTRALORA GENERAL DE LA REPÚBLICA



RAM/JHA/pbj

NI: 4096, 5325, 5391, 5600, 6067, 6683, 6681, 6739, 6738, 6737, 7264, 8119-2010
3230, 4827-2011
DCA-0783