

R-DCA-134-2014

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas del cinco de marzo de dos mil catorce. -----

Recurso de apelación, incidente de nulidad y solicitud de medidas cautelares, interpuesto por la empresa **K NUEVE INTERNACIONAL SOCIEDAD ANÓNIMA,** contra el acto de adjudicación del **Concurso privado** promovido por la empresa **AERIS HOLDING COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA,** para la selección de proveedor de Servicios de facilitación, vigilancia y seguridad complementaria en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, recaído en favor de la empresa **AVAHUER S.A.** -----

RESULTANDO

I.-Que mediante escrito presentado en esta División a las 14:25 horas del 19 de febrero del 2014, la empresa K Nueve Internacional Sociedad Anónima, interpuso recurso de apelación contra el acto de adjudicación emitido dentro del concurso promovido por la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A., para la adquisición de los servicios de seguridad complementaria en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.-----

II.-Que mediante auto de las catorce horas del veintiuno de febrero de dos mil catorce, se requirió la presentación del expediente del concurso de referencia, lo cual fue atendido mediante oficios No. CETAC-OFGI-FG-OF-125-2014 y GO-LE-14-158, ambos de fecha 24 de febrero de 2014.-----

III.-Que la presente resolución se dicta dentro del plazo de ley, habiéndose observado durante su trámite las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I.-Hechos probados: Para la resolución del presente asunto, se tiene por demostrado el siguiente hecho de interés: **1)** Que la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A. en su condición de Gestor Interesado del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, promovió el concurso privado para contratar los servicios de facilitación, vigilancia y seguridad complementaria del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, para lo cual emitió el alcance del trabajo para contratar dichos servicios, documento en el que se definieron los requerimientos generales para la prestación del servicio, para participar en el proceso y para evaluar las ofertas (véase folios del 01 al 29 del expediente del concurso de Seguridad Complementaria). -----

II.-Sobre la competencia para conocer del recurso interpuesto: La Ley de Contratación Administrativa (LCA) dispone en su numeral 86, que esta Contraloría General dispondrá en los primeros diez días hábiles luego de presentado el recurso, la tramitación de este o su rechazo por inadmisibles o por improcedencia manifiesta. En el mismo sentido, el numeral 178 del Reglamento a dicha Ley, establece que dentro de los

diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, la Contraloría General de la República debe analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso interpuesto, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo de forma inmediata. En razón de tales disposiciones es que este Despacho procede a efectuar el respectivo análisis de admisibilidad del recurso presentado, para lo que han de ser considerados una serie de aspectos, dentro de los cuales se encuentra el determinar si esta División ostenta competencia para conocerlo, en razón de la materia. Así las cosas, en primer término ha de indicarse que el concurso del cual se deriva el acto impugnado, es denominado por parte de quien lo promueve como “*Concurso de Seguridad Complementaria*” y su descripción según el propio expediente remitido corresponde a “*Concurso Privado para la selección de proveedor de servicio de facilitación, vigilancia y seguridad complementaria en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.*” (Véase folio 1 del expediente del concurso de seguridad complementaria). Por otra parte, en el documento denominado Alcance de trabajo para contratar, que se encuentra visible a folios 7 al 29 del expediente de la contratación, consta que quien promueve la contratación es la empresa Aeris Holding Costa Rica S.A. quien funge como Gestor Interesado del Aeropuerto Juan Santamaría (hecho probado 1) y que según allí se indica, dentro de sus funciones específicas se encuentra la coordinación de la seguridad aeroportuaria en conjunto con las diferentes instituciones del Gobierno encargadas de la seguridad, además debe proveer servicios de facilitación, vigilancia y seguridad complementaria al que brinda la seguridad del Estado. Así las cosas, debe verificarse si la normativa aplicable habilita la posibilidad de presentar para su conocimiento ante esta sede de jerarquía impropia, un recurso de apelación en contra de un acto de adjudicación emitido por la empresa Aeris Holding Costa Rica S. A., en su condición de Gestor Interesado del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, en virtud de ser un concurso tramitado con fundamento en el Contrato de Gestión de Gestión Interesada de dicho Aeropuerto. Por lo tanto, para el análisis debe tomarse como punto de partida que el promotor de la contratación es el Gestor Interesado, y ello lo efectúa al amparo de la propia figura de la Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios. Ahora bien, al amparo de lo anterior, el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios (Decreto No. 26801- MOPT), posibilita en su artículo 1° que la Administración Pública gestione los servicios aeroportuarios utilizando la figura contractual de la gestión interesada, y dicho cuerpo reglamentario en su numeral segundo define a dicha figura contractual como aquella “*mediante la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista. Los ingresos que serán*

considerados para la retribución al gestor serán determinados en el respectivo cartel.” En línea con lo anterior, el artículo 3 refiriéndose al objeto del contrato, dispone que el objeto primordial de este tipo de contrato será la administración, operación, manejo y mantenimiento de los servicios aeroportuarios, para lo cual, como retribución económica se tiene que según el artículo 8 del reglamento en comentario, los usuarios no abonarán al gestor contraprestación alguna por los servicios que reciban de éste en el aeropuerto, si no que el Consejo Técnico de Aviación Civil cancelará al *contratista* lo que corresponda de conformidad con los términos pactados en el respectivo contrato. En este mismo orden de ideas y en armonía con lo anterior, se tiene que el propio Contrato de Gestión Interesada (CGI) de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, establece como objeto del contrato: *“la prestación de servicios por parte del Gestor para la operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, financiamiento, construcción y promoción del AIJS”* (Cláusula 2.1 página 20 del CGI). Además, que *“la figura jurídica utilizada para la prestación de los servicios objeto de este Contrato es la de la gestión interesada, mediante la cual la Administración explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose del Gestor, a quien retribuirá mediante una participación de los ingresos resultantes de la explotación”* (Cláusula 2.2. página 20 del CGI). Adicionalmente, resalta en cuanto a la titularidad el hecho de que *“El CETAC es y será en todo momento el dueño del Aeropuerto y de todas las Mejoras. El Gestor actuará como un contratista independiente contratado para el desempeño seguro y experto de los Servicios del Gestor. (...)”* Cláusula 2.3 página 20 del CGI), destaca de la cláusula del contrato referida a *derechos y obligaciones generales del gestor* (2.5), el que éste tiene la obligación de prestar todos los Servicios del Gestor por su propia cuenta y riesgo y de recibir como prestación por dichos Servicios el Porcentaje del Gestor. Así, de una integración del clausulado del CGI y del Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios se tiene que la figura implica que la Administración se sirve de un tercero, un contratista, para que explote servicios y realice determinadas labores, sea de administración, operación, entre otras, a cambio de una retribución económica o prestación que se constituye en una participación de los ingresos generados producto de la gestión, en este caso del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, denominado porcentaje del gestor, por lo que el Estado no pierde la titularidad del aeropuerto y el gestor viene a constituirse en un contratista independiente que es contratado para desempeñar dentro de su experticia ciertos servicios. En otras palabras, este Gestor constituye un tercero a quien la Administración cede la administración –no titularidad- en este caso del Aeropuerto, debiendo prestar por su cuenta todos aquellos servicios necesarios para su adecuada operación, actividad por la cual recibe una contraprestación o participación en los ingresos de la gestión. Sin que por ello deba tenerse a este Gestor como un elemento integrante de la Administración y sujeto en consecuencia a las regulaciones propias que en materia de

contratación de bienes y servicios rigen para aquella. Estando clara la naturaleza y lo que implica la figura en el caso concreto, se tiene bajo esta línea de pensamiento, que el Alcance de la Contratación remite a la facultad del Gestor de subcontratar tales servicios de seguridad para que puedan ser brindados por terceros (folio 9 del expediente de concurso de seguridad privado), al amparo del contenido del contrato de gestión interesada. Ello, conduce a observar una vez más el contenido del contrato, en el cual es claro el deber del Gestor de ejecutar los Servicios de Operación y Mantenimiento y de cumplir las obligaciones del Apéndice A (Artículo IV del CGI). Además, el Alcance de los Servicios en el apartado de fundamento legal (folio 10 del expediente del concurso privado) remite al contenido del Contrato de Gestión Interesada, en particular a las competencias que el contrato atribuye al Gestor y refiere al citado Apéndice A –parte integral del contrato-, en el punto 7.E.6 “*Seguridad Aeroportuaria Complementaria*” donde se establece el deber del gestor de prestar los servicios de vigilancia aeroportuaria como complemento al de la fuerza pública con el fin de mantener la seguridad del Aeropuerto, y a la Sección 7.B “Componente de Servicios Obligatorios en las Terminales de Pasajeros” que indica: “*El personal del Gestor y sus subcontratistas de seguridad recibirán capacitación para que tengan un papel de apoyo como complemento de los proveedores de servicios de seguridad pública*” (véase folio 10 del expediente del concurso privado). Con lo cual el propio Alcance de Servicios con remisión expresa al CGI faculta a la contratación de los servicios de seguridad y vigilancia. En relación con lo que viene dicho, destaca el artículo IX del contrato (visible a páginas 59 y 60 del CGI), el cual prevé la utilización de contratistas para realizar cualquier servicio del gestor y dispone: “*El Gestor podrá subcontratar la prestación de cualquier Servicio del Gestor a cualquier tercero a condición de que el Gestor suministre al CETAC una notificación previa por escrito especificando los Servicios del Gestor que serán afectados por tal subcontratación y la identidad y calidades del subcontratista*”. Además, al referirse a la Responsabilidad del Gestor, se estipula que “*El Gestor será siempre responsable por las obligaciones, servicios y acciones llevadas a cabo por los subcontratistas contratados de la misma forma que si dichas obligaciones, servicios y acciones fuesen llevadas a cabo por el Gestor*.” Y adicionalmente el CGI estipula que “*9.4 RELACION ENTRE GESTOR Y SUS SUBCONTRATISTAS. / Las relaciones entre el Gestor y los subcontratistas se regirán por las normas y principios del derecho privado (...)*” (Subrayado no corresponde al original). En este sentido, en el Apéndice A del Contrato de Gestión Interesada, referido a Servicios de Operación y Mantenimiento se consignó que “*el control y fiscalización de los servicios de operación y mantenimiento será una responsabilidad ineludible del Gestor, independientemente de que contrate o subcontrate con terceros estas funciones*.” Así que es de frente a la naturaleza de la figura y la potestad del contrato, que el Gestor realiza la contratación de los servicios del Aeropuerto (servicios de vigilancia y seguridad en este caso) a modo de “encargado” del contrato de Gestión Interesada, para lo cual puede hacer uso de

terceros por medio de subcontrataciones, para cubrir determinados servicios, instrumentos contractuales estos que de la literalidad del contrato queda claro se encuentran regidas bajo principios y normas de derecho privado, toda vez que este Gestor funciona en la realidad como un agente privado que si bien tiene a su cargo la gestión sobre un activo público, en sus relaciones contractuales con terceros privan como cualquier particular, normas de derecho privado. Por lo tanto, la contratación cuya adjudicación se impugna, se deriva de un mecanismo al que el Gestor recurrió como un contratante particular, esto es, de una relación privada entre este y la empresa que decidió subcontratar, aspecto que inhibe nuestra competencia para conocer del recurso de apelación, en vista de no provenir el acto impugnado, de un procedimiento derivado de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento y ni siquiera de uno regulado a nivel de los principios de la contratación administrativa, habida cuenta que como fue indicado, la actividad contractual del Gestor, se encuentra ubicada en la esfera del derecho privado de manera exclusiva. Aspecto que no obsta sin embargo, la presentación de una queja ante el Consejo Técnico de Aviación Civil de acuerdo con el procedimiento de contratación establecido por el CETAC en artículo 10 de las sesión 47-2011 según se expuso en oficio No. CETAC-OFGI-FG-OF-125-2014 (visible a folios del 67 al 71 del expediente de apelación) en el tanto se considere la existencia de un irrespeto a los principios de publicidad, equidad y promoción, los cuales no pueden ser en lo absoluto entendidos propiamente como principios de la contratación administrativa, ya que se trata de una relación privada entre el gestor y las empresas para seleccionar la que será subcontratada. A mayor abundamiento, esta Contraloría General de la República se ha pronunciado en el sentido expuesto en una situación similar, con ocasión de un recurso de apelación interpuesto contra un acto de adjudicación dictado por el anterior Gestor del contrato -Alterra Partners Costa Rica S. A.-, esto mediante resolución No. R-DCA-473-2007 de las 8:00 horas del 22 de octubre de 2007, en el que dicho recurso fue rechazado por considerar igualmente este órgano, que carecía de la competencia para conocerlo, en vista de tratarse de una actividad contractual promovida por el Gestor Interesado de manera exclusiva con ocasión del CGI. De lo que viene dicho se deriva que este Despacho carece de la competencia para proceder al conocimiento de los alegatos expuestos, al no encontrarse habilitado para ese fin en función del contenido de las normas reglamentarias expuestas así como del clausulado del CGI. Así las cosas, se impone el rechazo de plano del recurso interpuesto por inadmisibles, en virtud de carecer de competencia esta Contraloría General, tal y como lo dispone el numeral 179 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, lo que será dispuesto en la parte dispositiva de la presente resolución.-----

III.-Sobre el incidente de nulidad y la solicitud de imposición de medidas cautelares: Debiendo ser rechazado de plano el recurso de apelación presentado, conforme el análisis realizado en el apartado anterior, conviene indicar adicionalmente, que siendo que el recurrente ha presentado además con su recurso un incidente de nulidad contra lo actuado, este debe igualmente ser rechazado ante la improcedencia de la gestión en esta sede y la ausencia de un recurso principal del cual dependa este. Solución que igualmente debe ser brindada para la medida cautelar que se ha solicitado imponer, a lo cual debe adicionarse, que el régimen especial de contratación administrativa no encuentra regulado en todo caso dentro del trámite de un recurso de apelación, la utilización de estos mecanismos procesales propios de otras instancias administrativas o judiciales.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política, artículos 84 y 86 de la Ley de la Contratación Administrativa, 174, 178 y 179 inciso a) de su Reglamento, **SE RESUELVE:** 1) **Rechazar de plano por inadmisibles en razón de la materia, el recurso de apelación** interpuesto por la empresa K Nueve Internacional Sociedad Anónima, contra el acto de adjudicación del concurso privado promovido por la empresa Aeris Holding Costa Rica Sociedad Anónima, para la contratación de los “*Servicios de facilitación, vigilancia y seguridad complementaria del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría*”. 2) **Rechazar de plano por improcedentes**, el incidente de nulidad y solicitud de medidas cautelares presentadas por el apelante en su recurso.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Licda. María J. Induni Vizcaíno.

MJIV/yhg
NN: 02437 (DCA-0622-2014)
Ni: 4259, 4684
Ci: Archivo central
G: 2014000883-1