

R-DCA-0438-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas cincuenta minutos del veintidós de junio de dos mil diecisiete.-----

Recurso de apelación interpuesto por **TRANSPORTES DE HIDROCARBUROS PETROFUEL DE, S.R.L.**, en contra del acto de adjudicación dictado dentro de la **CONTRATACIÓN NACIONAL DE FLETAMENTO No. CNF-01-2017**, promovida por la **REFINADORA COSTARRICENSE DE PETRÓLEO (RECOPE)**, para “Transporte Interplantel de Combustible Jet-A1”, acto de adjudicación recaído en **RENESSA, S.A.**, servicio en la modalidad de entrega según demanda. -----

RESULTANDO

I. Que Transportes de Hidrocarburos Petrofuel DE, S.R.L., presentó en tiempo ante esta Contraloría General, recurso de apelación en contra del referido acto de adjudicación. -----

II. Que mediante auto de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cinco de mayo de dos mil diecisiete, esta División solicitó a la Administración el expediente administrativo del concurso impugnado, el cual fue remitido mediante oficio No. DSU-0126-2017 de ocho de mayo de dos mil diecisiete, consistente en un tomo físico. -----

III. Que mediante auto de las quince horas cuatro minutos del doce de mayo de dos mil diecisiete, el recurso de apelación interpuesto por Transportes de Hidrocarburos Petrofuel DE, S.R.L., fue admitido para su trámite, otorgándose audiencia inicial a la Administración, y a la empresa adjudicataria, para que procedieran a referirse a los alegatos expuestos por la parte apelante, diligencia que fue atendida mediante oficio y escrito que corren agregados al expediente de apelación. -----

IV. Que mediante auto de las quince horas cuatro minutos del doce de mayo de dos mil diecisiete, fue otorgada audiencia de nulidad a todas las partes ante una eventual nulidad absoluta, evidente y manifiesta del cartel y en consecuencia de todo el procedimiento, diligencia que fue atendida por la Administración y la empresa apelante, conforme a oficio y escrito que corren agregados al expediente de apelación. -----

V. Que mediante auto de las doce horas nueve minutos del cinco de junio de dos mil diecisiete, fue otorgada audiencia especial a la empresa apelante y a la empresa adjudicataria para que se pronunciaran respecto de oficios emitidos por la Dirección Jurídica, y la Dirección de Distribución de Combustibles, propias de la Administración, diligencia que fue atendida por la empresa apelante, conforme a escrito que corre agregado al expediente de apelación. -----

VI. Que mediante auto de las catorce horas quince minutos del cinco de junio de dos mil diecisiete, la prueba documental ofrecida por la empresa apelante al interponer el recurso fue rechazada por no haberse presentado la documentación original dentro del plazo legal. -----

VII. Que mediante auto de las catorce horas once minutos del trece de junio del dos mil diecisiete, fue otorgada audiencia final de conclusiones a todas las partes, diligencia que fue atendida por la Administración, y por la empresa apelante, mediante oficio y escrito que corren agregados al expediente de apelación. -----

VIII. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Con vista en el expediente administrativo remitido, para efectos del dictado de la presente resolución se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), promovió la Contratación Nacional de Fletamento No. CNF-01-2017 para “Transporte Interplantel de Combustible Jet-A1”, cursando invitación mediante correo electrónico el día 15 de marzo de 2017 (ver folios 35 a 40 del expediente administrativo de la contratación). **2)** Que de conformidad con el oficio No. DSU-0099-2017 de 28 de marzo de 2017, el acto de apertura tuvo lugar a las 9:00 horas del 28 de marzo de 2017, habiendo sido presentadas dos ofertas: la No. 1 de Renessa, S.A., y la No. 2 de Transporte de Hidrocarburos Petrofuel, S.R.L. (ver folio 713 del expediente administrativo). **3)** Que mediante el oficio No. DDC-0053-2017 de 21 de abril de 2017, firmado por Luis Diego Vargas Prado en su condición de director de la Dirección Distribución de Combustibles, se recomendó lo siguiente: “[...] / **Del Estudio y Adjudicación** / Se establecieron en el cartel las siguientes 3 condiciones para este punto a saber: / [...] / **b. Precio cotizado.** / En el siguiente cuadro se incluye la comparación económica entre las dos ofertas recibidas. La Oferta N° 1, es la que presenta el precio más ventajoso para RECOPE: -----

**CUADRO COMPARATIVO OFERTAS ECONÓMICAS – MONTO TOTAL OFERTAS
CNF-01-2017 – Transporte Interplantel de Combustible Jet A-1**

Oferentes	Monto Total de Ofertas en Colones	Monto Total Según Precio ARESEP	% dif.
OFERTA N° 1 RENESSA S.A.	588.300.000,00	1.071.443.000,00	-45,09
Oferta N° 2 TRANSP. DE HIDROC. PETROFUEL S.R.L.	666.339.000,00		-37,81

Como se observa en este cuadro, la desviación que se presentó en el precio de la Oferta N° 1, es significativa en relación con el precio aplicado según la tarifa de referencia ARESEP, siendo de un -45,09%, lo cual se debe a la competencia que se presenta entre los oferentes para ser considerados en la adjudicación. / Además, en el cuadro siguiente se presentan los precios por litro ofrecidos por cada uno de los participantes en este concurso para que sirva de referencia en el acto de adjudicación. -----

CUADRO COMPARATIVO OFERTAS ECONÓMICAS – PRECIO COLONES/LITRO CNF-01-2017 – Transporte Interplantel de Combustible Jet A-1			
Ruta	Precio Colones/Lt Ofrecido		Tarifa ARESEP (colones/litro)
	Oferta N° 1	Oferta N° 2	
Barranca – Aer. Liberia	8,29	9,4	15,1872
Garita – Aer. Tobías Bolaños	4	4,1695	4,1695
Garita – Aer. Liberia (PREVISIÓN)	20	13,01	22,7477

[...]/ **c. De la Recomendación Técnica de Adjudicación** / De conformidad con lo establecido anteriormente, la oferta que cumple con todas las especificaciones técnicas establecidas en los requerimientos del cartel del Concurso objeto de estudio, y la que presenta la oferta económica más favorable para Recope es la Oferta N° 1 del oferente RENESSA SOCIEDAD ANÓNIMA. / [...]” (Ver folios 730 a 736 del expediente administrativo). **4)** Que de conformidad con el artículo No. 2 de la sesión No. 13-2017 de 19 de abril de 2017, del Comité de Contratación de Combustibles, comunicado mediante oficio P-CCC-0035-2017 de 25 de abril de 2017, firmado por la secretaria de actas Shirley Calderón Quesada, fue acordado lo siguiente: “[...] / **Por unanimidad se acuerda:** / **Acuerdo firme:** / [...] / **4.** Autorizar a la Dirección de Suministros proceder con la comunicación del acto de adjudicación, de acuerdo con el siguiente detalle:-----

Contratación Nacional de Fletamento CNF-01-2017

Contratación de los servicios de transporte interplantel de Jet A-1

Adjudicatario	Renessa S.A.
Representante legal	Sr. Jorge Solano Montenegro
Monto adjudicado	¢588.300.000,00 (quinientos ochenta y ocho millones trescientos mil colones exactos). Precio por litro según la ruta y volumen asignados.
Objeto de la contratación	Traslado interplantel de Jet A-1 de acuerdo con el siguiente detalle: 70.000.000,00 (setenta millones de litros) para la ruta Plantel de Distribución Barranca al Aeropuerto Internacional Daniel Oduber. Precio por litro ¢8,29. 2.000.000,00 (dos millones de litros) para la ruta Plantel de Distribución La Garita al Plantel Internacional Tobías Bolaños. Precio por litro ¢4,00.
Período contractual	Del 06 de mayo 2017 al 05 de mayo 2018.

Términos de pago [...]

Notas importantes: / 1. Se declara desierta la ruta establecida del Plantel La Garita al Aeropuerto Internacional Daniel Oduber como consecuencia que, posterior al análisis de la información presentada, el Comité Contratación de Combustibles determina la inconveniencia para la Administración en adjudicar la contratación del servicio para esta ruta, siendo que la misma será utilizada solo en caso excepcional, ya que el traslado de combustible Jet A-1 para el Aeropuerto Internacional Daniel Oduber será habitualmente desde el Plantel Barranca. Lo anterior, sin que ello afecte el monto adjudicado, ya que en el cartel no consignó una cantidad de litros estimados para esa ruta. / Aunado a lo anterior, se considera que por la disponibilidad de cisternas para el traslado de este combustible, en una ruta que se estableció como alternativa, no resulta viable la adjudicación de esta ruta a una empresa distinta a la adjudicada para la línea de transporte regular. / [...] / 3. Se aclara que, el monto y cantidad de litros señalados en los términos de la adjudicación, son datos estimados sujetos al requerimiento real de traslado del producto. / [...]” (Ver folios 737 a 742 del expediente administrativo).-----

II. Sobre la nulidad absoluta del procedimiento: A) Sobre la calificación del transporte terrestre nacional como actividad ordinaria: Mediante auto de las quince horas cuatro minutos del doce de mayo de dos mil diecisiete este órgano contralor confirió audiencia a las partes respecto de una eventual nulidad absoluta, evidente y manifiesta del cartel y en consecuencia de todo el procedimiento, tomando en consideración que fue tramitado como “Contratación Nacional de Fletamento Terrestre (CNF)” de conformidad con los artículos 1.3.2 y 15.3 del Reglamento de Contrataciones de RECOPE, Reglamento No. 4586 de 5 de octubre de 2011, publicado en La Gaceta No. 215 del 9 de noviembre de 2011; ante una posible consideración del objeto contractual como propio de la actividad ordinaria del ente, por parte de RECOPE, de tal forma que si el objeto contractual correspondiese en realidad a la actividad no ordinaria de la Administración, el procedimiento exigible hubiese sido una licitación pública, o el que resultase procedente como procedimiento ordinario de conformidad con la Ley de Contratación Administrativa. La empresa apelante manifiesta que la misma Administración al contestar la audiencia conferida, remitió a la sentencia de la Sala Constitucional No. 6754-1998 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998, en la cual la actividad ordinaria fue definida como la realizada por la Administración, dentro del ámbito de su competencia, mediante la prestación última de una actividad o servicio, donde la relación contractual constante o

frecuente con los usuarios resulta incompatible con el procedimiento usual del concurso. La apelante considera que la naturaleza del fletamento de combustible Jet-A1 no genera incompatibilidad con las formas regulares de contratación, con lo cual el artículo 2, inciso a, de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) está siendo erróneamente interpretado; y por ello, en busca de la transparencia y la tutela al interés general, dicho transporte puede efectuarse mediante los modelos licitatorios establecidos en la LCA. La recurrente considera que el fletamento de combustible Jet A1 constituye un medio para la prestación del servicio final, que sería proveer de combustible a las aeronaves, donde el concepto de actividad ordinaria debe interpretarse de forma restrictiva, de conformidad con el oficio de la Contraloría General No. DAGJ-061-2000 de 15 de enero de 2000 (sic); siendo que la interpretación amplísima efectuada por la Administración, confundiendo las actividades necesarias para la prestación del servicio final al administrado con el servicio final mismo, resulta claramente ilegal. Señala la empresa recurrente que de conformidad con el artículo 6 de la Ley 6588, se establece entre sus objetivos el refinamiento, transporte y comercialización a granel del petróleo y sus derivados, donde el término a granel, y en concordancia con la definición de la RAE, significaría el desarrollo de dichas actividades en abundancia o grandes cantidades, constituyendo actividades conexas al servicio final de comercialización, que constituye su actividad ordinaria. Agrega la empresa apelante que si el transporte de combustible fuera actividad ordinaria de RECOPE, resultaría lógico que contara con los camiones necesarios para ello, sin contratar la prestación de dichos servicios; de tal forma que la contratación de terceros evidencia que se trata de un servicio instrumental para la concesión de los fines de la institución. Manifiesta la empresa apelante que de conformidad con el límite presupuestario establecido por la Contraloría, el procedimiento que debió utilizarse fue el de licitación pública, el cual posibilita la interposición de recurso de apelación, y la fiscalización del proceso; lo cual no es posible mediante la presente contratación exceptuada que limita el conocimiento de cualquier gestión recursiva a la Administración, lo cual compromete el principio de transparencia y el correcto control en la utilización de fondos públicos. La recurrente considera que la contratación se ha tramitado de forma incorrecta, y por ello la nulidad del procedimiento se ha hecho evidente y manifiesta, solicitando que sea resuelto lo pertinente. En la audiencia final, la empresa recurrente reiteró y remitió a las anteriores manifestaciones. La empresa adjudicataria no hizo referencia a la eventual nulidad del procedimiento al contestar la audiencia inicial, en la audiencia otorgada mediante auto de las doce horas nueve minutos del cinco de junio de dos mil diecisiete, o al conferirse audiencia

final. Manifiesta la Administración que de conformidad con la resolución de la Sala Constitucional No. 6754-1998 de las 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998, y los oficios de la Contraloría General No. 7433 de 25 de junio de 1996 y No. 10670 del 13 de octubre de 2008, toda la actividad de la Administración debe enmarcarse dentro de los fines y competencia que han sido señalados por el legislador conforme al artículo 11 de la Constitución Política (principio de legalidad), aunque no toda su actividad cumple de manera inmediata sus fines; y no toda la actividad que comprende la competencia debe ser conceptuada como ordinaria, concepto desarrollado en el artículo 2 de la LCA y el 136 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). Agrega la Administración que respecto al marco jurídico de RECOPE, está concebida como una empresa pública del Estado costarricense y poseedora de un régimen mixto, rigiéndose por una serie de normas de orden público que tutelan su actuar y que por ende, marcan sus fines y objetivos; donde la Ley No. 6588, Ley que regula a la Refinadora Costarricense de Petróleo, define con claridad sus objetivos, y la Ley N° 7356, Monopolio a favor del Estado para la importación, refinación y distribución al mayoreo de petróleo crudo, sus combustibles derivados, asfaltos y Naftas, estatuye como ámbito de competencia de RECOPE la importación, refinación, distribución, el transporte y la comercialización al mayoreo del petróleo y sus derivados en el territorio nacional, debiendo contar con las instalaciones necesarias para cumplir con su cometido (principio de especialidad funcional). La Administración sostiene que su actividad ordinaria se circunscribe a los fines impuestos por ley, entre ellos el transporte a granel de petróleo crudo y sus derivados, los cuales deben ser cumplidos en resguardo del interés público, siendo además un servicio público de conformidad con los artículos 3 y 5 de la Ley No. 7593, Ley de ARESEP; y bajo esta premisa dichas actividades no se encontrarían sometidas a los procedimientos de concurso regulados en la LCA y su Reglamento, por encontrarse excepcionadas de conformidad con el artículo 2 de la LCA, al cumplir con el requisito esencial de vender sus productos para consumo de los usuarios o destinatarios finales. Señala la Administración que de conformidad con la Dirección Jurídica, para la Real Academia de la Lengua el fletamento abarca los términos de flete, carga, embarque y transporte, remitiendo a un contrato mercantil para el transporte de productos de un lugar a otro a cambio de un precio; con lo cual el fletamento terrestre como actividad contractual de constante y frecuente tráfico, es actividad ordinaria regulada en el artículo 15, incisos 3 y 4, del Reglamento de Contrataciones de RECOPE, siendo válido el acto administrativo que emana del Comité de Contratación de Combustibles. La Administración cita en su respaldo criterio

rendido por la Dirección Jurídica de RECOPE mediante el oficio No. AL-2050-07 de 11 de noviembre de 2007, en el cual se indicó lo siguiente: “[...] *La Refinadora Costarricense de Petróleo, tiene como cometido sustancial la importación, refinación, distribución, el transporte y la comercialización a granel el (sic) petróleo y sus derivados en el territorio nacional; asimismo tiene como obligación legal mantener y desarrollar la infraestructura necesaria para cumplir con tal cometido y de esa manera se garantice el abastecimiento nacional de combustibles [...]. Conforme con las disposiciones legales relacionadas, así como lo preceptuado por los artículos 3 y 5 de la Ley N° 7593 (Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos), Recope es prestataria de un servicio público, administradora del monopolio estatal de la importación, distribución, refinación y comercialización e hidrocarburos, objetivos delimitados por Ley de la República, y se cumple con el requisito esencial de venderse los productos para consumo de los usuarios o destinatarios finales, postulado que al observarse hace que la empresa quede exceptuada de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa en el ejercicio de su accionar, ya que está inmersa, desde nuestra óptica dentro del concepto de actividad ordinaria debidamente interpretado por la Sala Constitucional [...].*” En consecuencia, concluye la Administración, no existe vicio alguno de nulidad absoluta, evidente y manifiesta del cartel ni del procedimiento, dado que el fletamento terrestre de combustibles constituye parte de la actividad ordinaria de la empresa. La Administración reitera sus argumentos en la audiencia final. **Criterio de la División:** La Administración ha promovido la Contratación Nacional de Fletamento Terrestre para el transporte de combustible tipo Jet A1 (ver hecho probado 1), concurso en el cual participaron dos oferentes (ver hecho probado 2), y ante la recomendación emitida fue dictado acto de adjudicación a favor de la empresa Renessa, S.A. (ver hechos probados 3 y 4), acto final recurrido por la oferente Transportes de Hidrocarburos Petrofuel DE, S.R.L. La necesidad que se buscaba cubrir por la Administración se expone en la cláusula 1 al disponer lo siguiente: “*RECOPE, cédula jurídica N° 3-101-07749, invita a participar en el concurso CNF-01-2017, cuyo objeto de contratación lo constituye el “Servicio de transporte de combustible de Jet A-1”, para el mismo se requiere al menos 9 equipos (cabezal y tanque cisterna), los cuales se utilizarán única y exclusivamente para el transporte de combustible tipo Jet-A1 entre las terminales de distribución de RECOPE que se detallan más adelante, por un período de 12 meses.*” (ver folio 8 del expediente administrativo); en relación con la cláusula 10.1.2 que dispone lo siguiente: “*Las rutas establecidas para el presente contrato serán las siguientes: / • Plantel Barranca – Aeropuerto Internacional Daniel Oduber. / • Plantel La Garita – Aeropuerto*

Internacional Tobías Bolaños. / • Plantel La Garita – Aeropuerto Internacional Daniel Oduber. (previsión). Para esta ruta el contratista deberá estar en la disposición de realizar el servicio en caso de ser requerido por RECOPE, según sus necesidades operativas.” (ver folio 13 del expediente administrativo). El transporte de combustible de aviación entre planteles de RECOPE para su venta a aerolíneas o usuarios en general en los aeropuertos internacionales de Liberia y Pavas, queda enmarcado dentro de sus competencias, al decir del artículo 6 de la ley No. 6588 de 30 de julio de 1981, Ley que Regula a la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), que en el párrafo primero dispone lo siguiente: *“Los objetivos de la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A. son los siguientes: refinar, transportar, comercializar o (sic) granel el petróleo y sus derivados: mantener y desarrollar las instalaciones necesarias para ello y ejercer, en lo que le corresponda, los planes de desarrollo del sector energía, conforme al plan nacional de desarrollo. [...]”* Por su parte, la Ley No. 7356 de 24 de agosto de 1993, Del Monopolio Estatal de Hidrocarburos Administrado por RECOPE, Establece Monopolio a favor del Estado para la Importación, Refinación y Distribución de Petróleo, Combustibles, Asfaltos y Naftas, dispone en el primer numeral lo siguiente: *“La importación, refinación y distribución al mayoreo de petróleo crudo y sus derivados, que comprenden combustibles, asfaltos y naftas, para satisfacer la demanda nacional, son monopolio del Estado.”*; estipulando en el artículo 2 lo siguiente: *“El Estado concede la administración de ese monopolio a la empresa pública Refinadora Costarricense de Petróleo Sociedad Anónima (RECOPE S.A.), para el desempeño de las actividades descritas en el artículo anterior, en tanto su capital accionario pertenezca en su totalidad al Estado.”* Con base en lo anterior, constituye monopolio estatal la distribución de combustible, en este caso del tipo Jet A1, y quedando dentro de las competencias de RECOPE como administrador del monopolio, su transporte y comercialización. El artículo 11 del decreto ejecutivo No. 7927 de 12 de enero de 1978, Reglamento Empresas Estatales Estructuradas Sociedades Mercantiles, independientemente de su interés actual, dispone lo siguiente: *“Las compras de suministros o servicios que constituyen actividad ordinaria o que influyan directamente sobre la actividad ordinaria de la empresa, deberán ser objeto de reglamentación por parte de la respectiva Junta Directiva con el propósito de garantizar escogencia a base de calidad y buenos precios y evitar a la vez, la exclusividad injustificada. En dicha reglamentación se tomarán en consideración las particularidades que ofrezcan el mercado nacional o internacional de que se trate respecto de los suministros o servicios correspondientes.”*; acorde o coincidente con lo cual, la Administración emitió nuevo reglamento, No. 3063 de 30 de abril de

1996, denominado Reglamento de Contrataciones de RECOPE S.A., el cual disponía en su artículo primero lo siguiente: *“Definiciones / Para los efectos del Presente Reglamento se entenderá por: / 1.1 Actividad Ordinaria: Conforme a lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública No. 6227 del 2 de mayo de 1978, artículo 3.2, la Ley No. 6588 del 30 de julio de 1981, artículo sexto, se define como actividad ordinaria de RECOPE. / 1.1.1. La venta de productos. / 1.1.2. La compra, venta, fletamento e inspección de petróleo crudo y sus derivados. / (Así reformado estos los puntos 1.1; 1.1.1 y 1.1.2 por Acuerdo de Sesión N° 3089 del 31 de julio de 1996) / 1.1.3 La compra de insumos requeridos en los procesos de importación, refinación y distribución de crudo y sus derivados. / 1.1.4 Las contrataciones de servicios para mantenimiento preventivo o correctivo de las instalaciones requeridas en los procesos de importación, refinación y distribución. / [...]”* La Administración sometió dicho reglamento a conocimiento de la Contraloría General de la República, y mediante oficio No. 7433 (DGCA-834) de 25 de junio de 1996 se dispuso lo siguiente: *“De acuerdo con lo que viene dicho en el punto anterior, objetamos que se conceptúe como actividad ordinaria de esa empresa, “la compra de insumos requeridos en los procesos de importación, refinación y distribución de crudo y sus derivados”, y más aún “las contrataciones de servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones requeridas en los procesos de importación y distribución”. La relación clara de “medios” que estas actividades comportan, no justifican en modo alguno su inclusión como actividad ordinaria de esa entidad y por el contrario, no se relacionan en forma inmediata con el servicio que presta frente a los usuarios, es decir, su relación constante y frecuente con los usuarios, así como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico impone, no las hacen incompatibles con el procedimiento usual de concurso.”* (ver considerando II; oficio aclarado en cuanto a tema no relacionado con el presente, mediante oficio No. 13760, DGCA-1429, de 31 de octubre de 1996). En el considerando I del mismo oficio No. 7433 de 1996 se expuso lo siguiente: *“Desde esta perspectiva, la “actividad ordinaria”, comprende la actividad contractual de la Administración, que por su constante y frecuente tráfico y su relación inmediata con los usuarios resulta claramente incompatible con los procedimientos concursales de contratación. Esta excepción a los procedimientos concursales, salvo que por ley expresa se disponga otra cosa, debemos entender que se limita a la actividad contractual que la Administración realiza con sus usuarios, para brindarles bienes o servicios estrechamente relacionados con la prestación última que la ley le asignó al crearla, de modo que, insistimos, la actividad ordinaria de un ente u órgano de la Administración comprende aquélla que éstos*

realicen, dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final que ésta efectúa de frente a usuarios, y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso. [...] / Al señalarse que la actividad ordinaria “se identifica con la prestación del servicio y el cumplimiento de los fines de la Administración respectiva”, es necesario recalcar que si bien toda actividad que realice la Administración debe imperiosamente enmarcarse dentro de los fines que le han sido señalados por el legislador y ajustada al principio de legalidad (art. 11 de la Constitución Política), no toda la actividad que realiza la Administración cumple de manera inmediata los fines, sino de manera mediata. En tal sentido, debemos afirmar que si bien “toda actividad ordinaria debe enmarcarse en las competencias del ente y por ende, en los fines enmarcados por el legislador, no toda la actividad que comprende la competencia debe ser conceptuada como ordinaria” (vid. oficio 0358 de 15 de enero de 1980). / La noción de “actividad ordinaria”, desde la perspectiva de la contratación administrativa, no puede ser conceptuada con criterio ampliativo, en razón de que constituye justamente una excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, los cuales aseguran la aplicación real de los principios de concurrencia y de igualdad de trato a los distintos interesados en contratar, y por ende, resulta improcedente incluir actividades no enmarcadas en su correcta noción, sea en los textos reglamentarios o por vía de interpretación. / De este modo, no quedan comprendidas en la noción de actividad ordinaria los contratos que celebren las administraciones, para realizar actividades que cumplen una relación de medios, para alcanzar sus fines, entre las cuales podemos incluir aquellas realizadas para su instalación, tales como la compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc; ni los que se deban efectuar para su funcionamiento (arrendamiento o compra de equipos, vehículos, útiles, materiales, etc); ni para el transporte de productos para su uso o comercio, ni la información o u otra clase de prestaciones ajenas a la finalidad inmediata de su servicio.” (Lo resaltado en el original mediante subrayado, negrilla o itálica, se ha eliminado; el resaltado actual es propio). La ley de monopolio antes citada propia del año 1993 contempla la distribución de combustibles, y a su vez la Ley Reguladora de RECOPE de 1991 le asigna dentro de sus competencias el transporte de derivados de petróleo, sin embargo, mediante el oficio No. 7433 de 1996 de este órgano contralor, ya citado y transcrito parcialmente, se estipuló que el transporte de productos para su comercialización o uso no puede conceptualizarse como actividad ordinaria (disposición ya incorporada en el artículo 199 del Reglamento de la Contratación Administrativa, decreto

ejecutivo No. 7576 del 23 de setiembre de 1977), por tratarse de una actividad o relación de medios para la prestación del servicio público final, cuestionándose en específico que la distribución de combustibles pudiese ser calificada como actividad ordinaria, que en la presente contratación es posible identificarla como la venta de combustible para aviación, sin ser –no obstante– objeto del proceso de adquisición. De esta forma, si bien la distribución de derivados de petróleo en el país, incluyendo su transporte mediante tanques cisterna, constituye competencia de RECOPE, y es parte del monopolio estatal administrado por la misma entidad, el transporte terrestre de combustible dentro del país no constituye actividad final que motivara por sí misma la adquisición de las acciones de RECOPE por parte del Estado (Ley No. 5508 de 17 de abril de 1974), ni puede calificarse como razón última del legislador para decretar el monopolio, precisamente porque no consiste en la prestación final al consumidor. El artículo 5 de la Ley denominada “Traspasa Acciones de RECOPE al Gobierno de Costa Rica”, tomando en consideración el contexto temporal de su promulgación, dispone lo siguiente: *“Con el propósito de proteger el consumo, Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A., queda autorizada para tomar las medidas que estime convenientes para asegurar la distribución eficiente y económica de todos los derivados del petróleo que produzca o que importe, quedando obligada a ir asumiendo directamente la distribución cada vez que se venza un contrato de distribución de cualquiera de las compañías que opere actualmente en Costa Rica, a las que por ningún concepto se les prorrogarán los contratos vigentes, no obstante lo anterior, RECOPE queda facultada para distribuir derivados de petróleo en cualquier momento que se lo considere conveniente a los intereses del país. / La distribución la efectuará RECOPE cubriendo únicamente los gastos, sin que por este concepto obtenga utilidad alguna y bajo ninguna circunstancia esta distribución abarcará las estaciones de servicio que deben quedar en manos de particulares. / RECOPE queda expresamente autorizada para efectuar importaciones de petróleo hasta que la capacidad de sus instalaciones, una vez mejoradas y ampliadas, permitan abastecer el consumo nacional.”*; norma de la cual es posible comprender que la distribución fue considerada un medio para abastecer y proteger el consumo nacional de combustibles. El artículo 2 de la LCA dispone lo siguiente: *“Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades: / a) La actividad ordinaria de la Administración, entendida como el suministro directo al usuario o destinatario final, de los servicios o las prestaciones establecidas, legal o reglamentariamente, dentro de sus fines. / [...]”*, normativa preexistente al momento de dictarse el oficio No. 7499 del año 1996; el cual se

ha visto confirmado y acorde con el numeral 136 del RLCA del año 2006, al disponer lo siguiente: *“La actividad ordinaria de cada entidad se desarrollará dentro del marco legal y reglamentario respectivo, sin sujeción a los procedimientos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y el presente Reglamento. / Para esos efectos, se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final de frente a usuarios y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso. / La contratación de los medios necesarios para el ejercicio de la actividad ordinaria ha de realizarse mediante los procedimientos que correspondan, según la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento. / Cuando la Administración tenga la capacidad de producir bienes o servicios accesorios con valor comercial, distintos a la actividad ordinaria puede venderlos directamente al público, según las normas internas que al respecto dicte la propia Institución, siempre que de alguna manera se deriven de las competencias asignadas.”* La Sala Constitucional, mediante sentencia No. 6754-1998 de 15:36 horas del 22 de setiembre de 1998, definió la actividad ordinaria de la siguiente forma: *“[...] se trata de la actividad o servicio que constituye la prestación última o final de la Administración que realiza frente al usuario o destinatario final, actividad o servicio que deben estar definidos previamente en la ley, y cuyo desarrollo puede hacerse mediante reglamento autónomo o de servicio, pero no ejecutivo. [...]”* (Considerando XII), basándose para ello en la LCA y su reglamento (definición reiterada en el considerando VI del voto de la misma Sala No. 10997-2000 de las 8:35 horas del 13 de diciembre de 2000). De conformidad con las anteriores disposiciones normativas, la actividad que pueda ser calificada como ordinaria debe estar dentro de las competencias del ente; no siendo posible derivar de la LCA, de su Reglamento, o de lo resuelto por la Sala Constitucional, que las competencias del ente son asimilables en toda su extensión a actividad ordinaria (con sus consecuentes regulaciones), que ha sido el punto de vista de la Administración en el ámbito de este recurso. Sin duda la relación de medios está estrictamente vinculada con el cumplimiento de la prestación final frente a los usuarios, pero ello no transforma dichas actividades necesarias en actividad ordinaria. Relacionado con lo recién expuesto, la frecuencia, tráfico y dinamismo son características que debe revestir la actividad ordinaria para justificar apartarse de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa; de modo que si las actividades de medios revisten dichas características, ello no configura autorización legal para prescindir de los procedimientos ordinarios para la adquisición

de bienes o servicios por parte de la Administración. Mediante oficio No. ASPE 759-96 de 8 de julio de 1996, firmado por Manuel Enrique Gómez Calvo, presidente de la Refinadora Costarricense de Petróleo, S.A., y dirigido al director general de la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, se indicó lo siguiente: “[...] / *Le agradezco su oficio 834-96, recibido el pasado 26 de junio, informándole que hemos procedido a incluir su conocimiento en la agenda de la Junta Directiva de RECOPE, con el fin de que en el menor plazo posible se aprueben las modificaciones pertinentes al Reglamento de Contrataciones de RECOPE. / Asimismo se procedió a informar a los señores Gerentes de la empresa, con el fin de que no se realice contratación alguna en contraposición a las observaciones por usted formuladas. / [...]*” (ver expediente 7433-1996 en el Archivo Central de la Contraloría General de la República). Posteriormente, fue emitido el Reglamento General de Contrataciones de RECOPE, No. 3689 de 7 de noviembre de 2002, en el cual ya no aparecen los incisos cuestionados por este órgano contralor. En el año 2007 fue dictado el Reglamento de Contrataciones de RECOPE S.A., No. 4122 de 30 de enero, y mediante reforma introducida por acuerdo de la sesión No. 4240 de 05 de marzo de 2008 (publicado en La Gaceta No. 64 del 2 de abril de 2008), se incorporaron las siguientes disposiciones: “*Se definen los siguientes procedimientos de contratación para la actividad ordinaria de RECOPE: / [...] / 63.4 Concurso Nacional Fletamento, aplicable a fletamento terrestre por cisternas ínter plantel y descarga de barcos, de los derivados del petróleo, biocombustibles y componentes utilizados para la formulación de combustibles, según la programación de necesidades. (Así reformado el punto anterior mediante acuerdo N° 402 tomado en sesión N° 4446 del 5 de mayo de 2010, al cambiar el término “componentes oxigenados” por “componentes utilizados”) / 63.5 Contratación Directa Fletamento, aplicable a fletamento terrestre por cisternas ínter plantel y descarga de barcos, de los derivados del petróleo, biocombustibles y componentes utilizados para la formulación de combustibles, cuando razones de urgencia o conveniencia empresarial debidamente justificadas así lo demanda, lo cual deberá ser acreditada en el respectivo expediente. (Así reformado el punto anterior mediante acuerdo N° 402 tomado en sesión N° 4446 del 5 de mayo de 2010; al cambiar el término “componentes oxigenados” por “componentes utilizados”)*”. Disposiciones que se mantuvieron vigentes, con modificaciones en la redacción, al dictarse el Reglamento de Contrataciones Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., No. 4586 de 5 de octubre de 2011, el cual dispone en su artículo 15 lo siguiente: “*Se definen las siguientes modalidades de contratación para la actividad ordinaria de RECOPE. / [...] / 15.3. Contratación Nacional de Fletamento Terrestre*

(CNF): aplicable según la programación de necesidades del transporte por cisternas entre planteles, para la descarga y carga de barcos, de los derivados del petróleo, biocombustibles y compuestos utilizados para la formulación de combustibles. / 15.4. Contratación Excepcionada de Fletamento Terrestre (CEF): aplicable al transporte por cisternas entre planteles, para la descarga y carga de barcos, de los derivados del petróleo, biocombustibles y compuestos utilizados para la formulación de combustibles, cuando razones de urgencia apremiante o conveniencia empresarial debidamente justificadas así lo demanden, lo cual deberá ser acreditado en el respectivo expediente. / [...].” Con base en el numeral 15.3 del Reglamento de Contrataciones de RECOPE actualmente vigente, fue desarrollada la presente contratación, la cual este órgano contralor considera contraria a las disposiciones de la LCA y su reglamento, al igual que contraria al oficio No. 7433 de 1996, en el tanto el “fletamento terrestre” es conceptualizado como actividad ordinaria; no habiendo demostrado la Administración que dicho procedimiento es equivalente, de forma plena, con las disposiciones de un procedimiento ordinario de contratación. Tampoco es posible sostener que la contratación de servicios de transporte de combustible, regulada como Contratación Nacional de Fletamento Terrestre (CNF), queda al menos sometida a los principios de contratación administrativa, en los términos de la sentencia de la Sala Constitucional No. 998-1998 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, de forma específica –aunque no únicamente– los desarrollados en el considerando VI, porque no estamos siquiera ante una contratación exceptuada, puesto que al ser calificada como de actividad ordinaria por parte de la Administración, quedaría incluso fuera de dichas disposiciones constitucionales; es decir, el referido reglamento no puede considerarse sustitutivo de los procedimientos regulados en la LCA. El artículo 1.1.2 del Reglamento de Contrataciones de RECOPE de 1996 disponía lo siguiente: “1.1 Actividad Ordinaria: [...], se define como actividad ordinaria de RECOPE. / [...] 1.1.2. La compra, venta, fletamento e inspección de petróleo crudo y sus derivados. / [...]”; inciso que no fue cuestionado por la Contraloría General de la República mediante el oficio No. 7433-1996; sin embargo, no puede entenderse que con el mantenimiento del término fletamento siempre quedó habilitado el “fletamento terrestre”, primero porque en dicho oficio se estipuló que el transporte de productos para su comercio no constituye actividad ordinaria, y segundo, porque la Administración no ha acreditado que el término fletamento, en su sentido legal, incorpore el transporte terrestre. De esta forma, puede verse que el contrato de fletamento, como transporte estrictamente marítimo, es regulado en los artículos 587, 677 y 679 del Código de Comercio de 1853; el artículo 285 del

Código de Bustamante regula la aplicabilidad de las normas sobre fletamento al referir el comercio marítimo; el Reglamento Orgánico de la Dirección General Transporte por Agua, de 1980, regula la Oficina Nacional de Fletamentos en los artículos 13 y siguientes; el Reglamento del Registro Naval Costarricense de 1981 hace referencia al fletamento (artículo 12.a) como sinónimo de arrendamiento de buques (el denominado a casco desnudo, sin tripulación); el Reglamento sobre el Registro Nacional de Buques, de 1994, refiere la inscripción de un arrendamiento o fletamento (artículo 5.7); y el Reglamento para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias, de 2004, hace referencia al contrato de fletamento en los artículos 24 (mercancías), y 62.c (a casco desnudo). De conformidad con las anteriores referencias ilustrativas del régimen jurídico del contrato de fletamento, o fletamento, la Administración no ha justificado de qué forma dicho instituto jurídico puede ampliarse al transporte terrestre, y por tanto tampoco puede considerarse que este órgano contralor de alguna forma autorizó dicho entendimiento al no objetar el inciso 1.1.2 del Reglamento de Contrataciones de 1996. Tampoco se pierde de vista que en los mismos Reglamentos de Adquisiciones de RECOPE, el término fletamento se entendió ligado a las compras internacionales de crudo y sus derivados, así en los artículos 14.b y 16 del Reglamento de 1988, en los artículos 14.b y 16 del Reglamento de 1989, en los artículos 1.1.2, 51, y 53 del Reglamento de 1996, en los artículos 1.1.2, 51 y 54 del Reglamento de 2002, en los artículos 1.1.2, 63, y 66 de la versión original del Reglamento de 2007; y no fue hasta la reforma del año 2008 al Reglamento del año 2007 –antes citada– que el término fletamento se amplió al transporte terrestre. Los procedimientos ordinarios de contratación contemplan tanto garantías para los oferentes, como controles de la actividad contractual en el correcto uso de los recursos públicos, que además de disposición imperativa, debe ser asumida voluntariamente por la Administración en aras de la transparencia; a lo cual es correlativa una interpretación restrictiva de las excepciones al régimen general de contratación. En el presente caso, se ha desarrollado previamente el significado de actividad ordinaria, que consiste en un instituto que se ha mantenido invariable desde antes del dictado de los diferentes reglamentos de adquisiciones de RECOPE, sin que la Administración haya demostrado que la actividad de transporte terrestre de combustibles constituya una prestación final frente al consumidor. De conformidad con lo que expuesto, lo procedente es **declarar la nulidad absoluta** del cartel y de todo el procedimiento, debiendo la Administración proceder a tramitar la adquisición del servicio requerido mediante el procedimiento ordinario que corresponda en apego a las disposiciones de la Ley de

Contratación Administrativa. **B) Sobre el fondo del recurso interpuesto:** De conformidad con el artículo 191 del RLCA, no resulta procedente referirse al fondo del recurso de apelación interpuesto por la empresa Transportes de Hidrocarburos Petrofuel DE, S.R.L., puesto que al anularse el cartel y todo el procedimiento, aún si dicho recurso fuese declarado con lugar, no tendría ningún efecto práctico. -----

POR TANTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 183 de la Constitución Política, 3 de la Ley de Contratación Administrativa, 176 de su Reglamento, 1, 28, y 37, inciso 3, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se resuelve: **1) ANULAR DE OFICIO** el cartel de la presente contratación, y todo el procedimiento, con ocasión del recurso interpuesto por Transportes de Hidrocarburos Petrofuel DE, S.R.L., en contra del acto de adjudicación dictado dentro de la **Contratación Nacional De Fletamento No. CNF-01-2017**, promovida por la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), para “Transporte Interplantel de Combustible Jet-A1”, acto de adjudicación recaído en RENESSA, S.A., servicio en la modalidad de entrega según demanda, **acto que se anula**, al ser alcanzado por el decreto de nulidad de todo el procedimiento. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado a.i

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Rolando A. Brenes Vindas.

RBV/chc

NN: 07085 (DCA-1302)

NI: 10667, 11158, 11584, 12901, 13125, 13165, 13213, 13269, 14214, 15002, 15013, 15024.

CI: Archivo central

G: 2017001725-2