

Al contestar refiérase
al oficio n.º **19267**
n.º **19289**

DFOE-SEM-2075
DFOE-CIU-0460

R-DFOE-SEM-00001-2024 y R-DFOE-CIU-00005-2024. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, Área de Seguimiento para la Mejora Pública y Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades. San José, a las 15:23 horas del 14 de noviembre de 2024.

Recurso de revocatoria presentado por la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (en adelante INCOP); en contra del oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348) del 23 de agosto de 2024, sobre la comunicación de incumplimiento de la disposición 4.5 del Informe n.º DFOE-CIU-IF-00008-2021.

RESULTANDO

- I. Que el 23 de agosto de 2024, mediante oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348), se comunicó el incumplimiento de la disposición 4.5 del informe n.º DFOE-CIU-IF-00008-2021 a la Secretaría de la Junta Directiva de INCOP, para que lo hiciera de conocimiento de ese Órgano Colegiado. Remitida el mismo día 23 de agosto por correo electrónico.
- II. Que el 6 de setiembre de 2024, en sesión n.º 4449, la Junta Directiva de INCOP conoció el oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348). Asimismo en dicha sesión, mediante acuerdo n.º 4, determinaron comunicar ante la Contraloría General de la República la disconformidad contra el oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348) por considerar su posición de cumplimiento, acordando además solicitar una audiencia ante el Órgano Contralor y se valoren las acciones realizadas en atención a la disposición 4.5 del informe.
- III. Que el 9 de setiembre de 2023, se recibió oficio n.º CR-INCOP-JD-2024-166 por parte de la Secretaría Junta Directiva de INCOP, al cual adjuntó la transcripción del acuerdo n.º 4 firme, tomado por la Junta Directiva de la misma entidad en sesión n.º 4449. El oficio fue remitido mediante correo electrónico el mismo día.

DFOE-SEM-2075
DFOE-CIU-0460

14 de noviembre, 2024

2

- IV. Que el 24 de setiembre de 2024, mediante oficio n.º 14939 (DFOE-SEM-1675)/ 14947 (DFOE-CIU-0386), se comunicó al INCOP, la convocatoria a audiencia solicitada mediante oficio n.º CR-INCOP-JD-2024-166. Remitido el mismo día 24 de setiembre por correo electrónico.
- V. Que el 16 de octubre de 2024, en la Contraloría General de la República se realizó la audiencia oral y pública, estando presentes algunos miembros de la Junta Directiva y el Presidente Ejecutivo de INCOP, audiencia que consta en la respectiva grabación.
- VI. Que el 17 de octubre de 2024, mediante oficio n.º CR-INCOP-JD-2024-190 suscrito por la Secretaría Junta Directiva de INCOP, remite la presentación utilizada por el INCOP en su exposición en la audiencia desarrollada ante la CGR, el día anterior, así como el Reglamento de Servicios Portuarios publicado en el Alcance n.º 146 de La Gaceta n.º 157 el 27 de agosto de 2024. El oficio fue remitido mediante correo electrónico el mismo día.
- VII. Que en virtud de lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428, y de lo regulado en los artículos 343 y 346 de la Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227, se procede a resolver el recurso de revocatoria planteado.

CONSIDERANDO

I.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y ADMISIBILIDAD

De conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, n.º 7428, los actos finales que dicte el Órgano Contralor que no atiendan a la materia presupuestaria, aprobación de contratos administrativos o que se dicten en procedimientos de contratación administrativa, estarán sujetos al régimen común de impugnación de los actos administrativos, contenidos en la Ley General de la Administración Pública, cuando se considere que lesionan derechos subjetivos o intereses legítimos o que impidan su origen.

En correspondencia, según la norma contenida en el artículo 346 de la citada Ley 6227, la interposición de los recursos ordinarios debe darse dentro de los tres días siguientes al que se comunicó formalmente el acto final. Observándose en relación, que el oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348), fue comunicado el día 23 de agosto de 2024 mediante correo electrónico, a la señora Secretaría de la Junta Directiva de INCOP para que así lo hiciera de conocimiento de la respectiva Junta Directiva, quienes lo conocieron el día 6 de setiembre; y que por su parte, dicho Órgano Colegiado acordó en sesión n.º 4449 celebrada ese mismo 6 de setiembre, remitir una serie de manifestaciones sobre su disconformidad en contra del citado oficio, recibido en el Órgano Contralor el día 9 de setiembre del mismo año; de ahí que en relación con los ordinales 224 y 348 de la Ley

DFOE-SEM-2075
DFOE-CIU-0460

14 de noviembre, 2024

3

General de la Administración Pública, Ley n.º 6227, que refieren al principio de informalismo y la interpretación de manera más favorable al ejercicio de la acción recursiva en cuestiones debatidas sin requerirse de una redacción especial, que sobre el presente caso en correspondencia con el numeral 38 de la Ley de Notificaciones Judiciales, Ley n.º 8687, puede determinarse que fue presentado un recurso de revocatoria en tiempo dentro del plazo de ley de tres días hábiles como lo determina la misma.

Por otra parte, se evidencia también que el acto recurrido fue dirigido para conocimiento de los miembros de la Junta Directiva de INCOP. De ahí que el recurso se encuentra también dentro de los supuestos contenidos en las normas, tanto resultando admisible como ostentando la legitimidad correspondiente para impugnar.

II. SOBRE LOS ASPECTOS DE FONDO ALEGADOS

Como parte de lo indicado en el recurso, se señala que han procurado llevar a cabo acciones para mejorar las condiciones de prestación de los servicios, siendo la más importante el promover la futura licitación pública internacional, la cual mediante la concesión desarrolle el nivel de inversión en obra y equipamiento que el Puerto requiere, permitiendo establecer los parámetros de funcionalidad y calidad consecuentes. Lo cual, han manejado con los usuarios y cámaras empresariales.

En cuanto al cálculo de un eventual daño, indican que cuando se aborda un tema de daño por insuficiencia de calidad en el servicio, el usuario que no cumpla a cabalidad con las regulaciones tendientes a la prestación del servicio, compromete la calidad y seguridad con la que el servicio se presta; por lo que si se determina un incumplimiento de un parámetro de calidad que ha obedecido a una acción u omisión injustificadas por parte del prestatario del servicio, debe ser examinado bajo reglas de debido proceso para determinar si hay responsabilidad imputable al prestatario o si median factores que deben ser considerados, de previo a imponer sanciones y responsabilidades patrimoniales. Agregando que existe un régimen jurídico específico en el caso de concesión de obra pública con servicios públicos y uno general para los servicios públicos regulados; en el tanto se estipula competencias para la ARESEP, procedimientos y sanciones, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Por lo que indican que no puede estimarse que por haber estipulado la existencia de un daño, lo que lleva implícito es la determinación de responsabilidad, porque el documentar incumplimientos de un parámetro, no es equiparable a decir -ni a asumir- que esa sea ya de manera efectiva la determinación de un incumplimiento contractual o de servicio atribuible al concesionario y con efectos indemnizatorios, sin haber agotado el examen objetivo de cada situación específica y sin haber determinado la existencia de una responsabilidad como parte de un debido proceso; aún más cuando no se ha documentado la existencia de

DFOE-SEM-2075
DFOE-CIU-0460

14 de noviembre, 2024

4

responsabilidad o determinado la existencia de un daño, como se planteó en el oficio n.º DFOE-CIU-0231 del 16 de mayo de 2024.

Asimismo se señala que se contrató un estudio actuarial independiente como acción responsable absolutamente razonable y pertinente, y que éste sí hizo una valoración de imputación, de previo a determinar si es posible acreditar un daño y cuantificarlo, en el tanto ha seguido una metodología (del contrato adendado cláusula 3.2.6 y Reglamento General de Servicios Portuarios de INCOP), que considera el cumplimiento de una serie de supuestos básicos para poder exigir un nivel de productividad esperado, pues el servicio no se presta en abstracto, se presta en condiciones reales y esas condiciones deben ser compatibles con la productividad esperada; por lo que ha hecho tal valoración y con su recomendación el INCOP no puede soslayar. Siendo el análisis que no realizó la Contraloría General, en el tanto no determinó en su informe la existencia de un daño ni dimensión indemnizable, al indicar que el incumplimiento del parámetro de calidad “probablemente” ha generado un daño que puede obedecer a “múltiples posibilidades”.

Finalmente reiteran que la orden de calcular un daño como lo indica la disposición 4.5, debe considerar el hecho de que hay que determinar la responsabilidad por el incumplimiento de un parámetro específico, para poder -sin faltar al debido proceso- establecer luego un daño indemnizable, y de ahí que han procurado cumplirla; porque tanto el contrato de concesión como el Reglamento General de Servicios Portuarios del INCOP explícitamente reconocen que la evaluación del parámetro de calidad debe ponderar situaciones específicas o atribuibles al concesionario y que afectan la posibilidad del parámetro acordado. Agregando que si el Órgano Contralor considera que el contrato de concesión de la Terminal de Carga General contiene productividades contractualmente acordadas, requieren comprender puntualmente cuáles para proceder de inmediato, pues la literalidad de la disposición actual no las identifica en forma alguna.

III. CRITERIO DEL ÁREA DE SEGUIMIENTO Y DE FISCALIZACIÓN

El oficio 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348) del 23 de agosto de 2024, señaló que el cumplimiento de la disposición 4.5 del Informe n.º DFOE-CIU-IF-00008-2021, debe sustentarse en lo que se señaló en ella y a partir de los hallazgos del citado informe, esto es: *determinar el daño causado a la eficiencia de los servicios portuarios, derivado de los incumplimientos de las productividades acordadas contractualmente y establecer su cuantificación, con base en ello aplicar, conforme al ordenamiento jurídico, las acciones indemnizatorias que correspondan*. Es decir, ese es el contexto desde el cual, consecuentemente, debió ser cumplida y desde donde deben ser analizadas las actuaciones para su efectivo cumplimiento.

DFOE-SEM-2075
DFOE-CIU-0460

14 de noviembre, 2024

5

Asimismo, el oficio n.º 13407/ 13403 citado comunicó el incumplimiento de la disposición 4.5 del informe n.º DFOE-CIU-IF-00008-2021, señalándose que los resultados del citado informe de fiscalización se basaron en la información suministrada por la Unidad Técnica de Supervisión y Control (UTSC), misma que reflejaba la existencia de incumplimientos de las productividades acordadas contractualmente, y de ahí que producto de lo evidenciado por la Entidad, es que se haya señalado en el citado Informe la necesidad de cuantificarlo y de realizar las acciones indemnizatorias pertinentes; agregándose que no resultaba procedente que ahora la Administración determine basarse en un informe actuarial posterior, que además no se ajusta a las condiciones contractuales y normativa correspondientes, entre otros, para así justificar un cambio en el sentido que concluye que no hay daño.

Por lo que analizados los alegatos presentados por los recurrentes y de referencia en el apartado anterior, se observa que manifiestan su disconformidad con el citado oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348) y su adjunto N.º DFOE-CIU-0231 del 16 de mayo de 2024, sin aportar evidencia o elementos de mérito que sustente un cambio de criterio y/o ajuste del citado oficio; centrándose en plantear por el contrario manifestaciones sobre elementos de un régimen jurídico específico y su procedimiento en materia de incumplimientos por el concesionario, para así llevar a un debate etapas ya precluidas que refieren al fondo del informe de auditoría n.º DFOE-CIU-IF-00008-2021 y con ello sean vueltos a considerar por este Órgano Contralor. Debiendo la Administración considerar que el tiempo y recursos para cuestionar aspectos del citado informe de auditoría, ya fue dado y empleado incluso por la Administración; de ahí que a la fecha el Informe y consecuentemente la disposición 4.5 se encuentran en firme, por lo que dicha disposición era de acatamiento obligatorio y debía ser cumplida dentro del plazo que fue otorgado para su cumplimiento.

Asimismo, se resalta que mediante el oficio n.º 02271 (DFOE-CIU-0083) de fecha 11 de febrero de 2022, que acompaña la resolución R-DFOE-CIU-00002-2022, en el apartado "B. Aspectos impugnados en relación con la Metodología de cálculo de rendimientos en la Terminal Granelera y la Terminal de Carga General", específicamente en el B.2 que corresponde a la productividad de carga general, se expuso el criterio en relación y que resolvió en esa oportunidad cuestionamientos que de nuevo se traen a discusión, y que por lo indicado no son de recibo. En ese sentido, además, se indicó que en materia de concesión de gestión de los servicios públicos la Administración Pública contratante conserva los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios, y de las responsabilidades del concesionario vistas bajo una visión integrativa que incluye la generalidad del contrato, normativa y principios correspondientes, criterios que fueron también acogidos y ampliados por el Despacho Contralor al conocer la apelación correspondiente, mediante oficio n.º 12519 (DC-0156) resolución R-DC-081-2022 del 29 de julio de 2023.

DFOE-SEM-2075
DFOE-CIU-0460

14 de noviembre, 2024

6

POR TANTO

Con sustento en las consideraciones de hecho y de derecho que son fundamento de esta resolución, y lo establecido en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, ordinales 347, 349 y 350 de la Ley General de la Administración Pública, Ley n.º 6227, y numeral 33 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley n.º 7428; **SE RESUELVE: Único.** Declarar sin lugar el recurso de revocatoria interpuesto por los señores miembros de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, contra el oficio n.º 13407 (DFOE-SEM-1428)/ 13403 (DFOE-CIU-0348), emitido por las Áreas de Seguimiento para la Mejora Pública y de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades, manteniéndose incólume los términos en que fue emitido el 23 de agosto de 2024, comunicado el mismo día. **NOTIFÍQUESE.**

Atentamente,

Carlos Morales Castro
Gerente de Área

Marcela Aragón Sandoval
Gerente de Área

Hilda Natalia Rojas Zamora
Fiscalizadora

Marilú Aguilar González
Fiscalizadora

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

ycm

Ce: Expediente
G: 2021004359-12
NI: 19071(2024)