

www.INCOPESCA.go.cr/

SESION	FECHA	RESPONSABLE (S) EJECUCION	FECHA LIMITE DE CUMPLIMIENTO
036-2016	29-09-2016	DGA	INMEDIATO

Considerando

1-Se conoce oficio AL-163-09-2016 (2), suscrito por el Sr. Heiner Méndez Barrientos, Jefe de la Asesoría Legal, quien en atención a lo requerido por la Secretaría Técnica de Junta Directiva, vierte criterio legal en relación al Recurso de Apelación interpuesto por la Empresa Seguridad Alfa S.A, en contra de la Resolución emitida por la Presidencia Ejecutiva, bajo número PEP 633- 09-2016.

2-Que en su criterio el Asesor Legal manifiesta lo siguiente;

“Considero que la resolución de Presidencia Ejecutiva de INCOPESCA número PEP-633-09-2016, misma que fue impugnada por la empresa Seguridad Alfa S.A es conforme a derecho, ya que los argumentos esgrimidos por Presidencia Ejecutiva fueron bajo el principio de legalidad y de buena fe, en aras de que la Institución recupere los activos sustraídos en la Oficina de Diamantes; y en aras de que se cumpla con lo establecido en el contrato administrativo número 2014-0000002 suscrito entre dicha empresa y el INCOPESCA; dichas cláusulas están claramente establecidas en el sentido que en el apartado de las Obligaciones del Contratista lo que establece la cláusula segunda inciso 9: “Deberá responder ante la institución por pérdida de bienes producto del robo hurto, cuando éste no pueda demostrar que no le cabe responsabilidad en el hecho. Así como también la cláusula decima segunda que establece: “El contratista deberá responder ante el INCOPESCA por la pérdida de bienes, o deterioro de los mismos, productos de robo, hurto, negligencia en el cumplimiento de sus labores y bajo su responsabilidad, cuando este no pueda demostrar que no le cabe responsabilidad en el hecho, lo cual debe ser debidamente probado por los medios correctos y por la autoridad competente.

Si bien es cierto, se nombró un Órgano Director con el fin de instruir el procedimiento administrativo, en el auto de apertura se comunicó a la empresa de los cargos que se le imputan, se le informó acerca del derecho de una asesoría letrada, de consultar el expediente e interponer los recursos correspondientes, se le confirió audiencia oral y privada, a fin de que expusieran su estrategia de defensa, tuvo derecho a interrogar, e inclusive a pesar que el abogado representante de la Empresa Seguridad ALFA S.A no contaba en el momento de la audiencia con una certificación de personería jurídica para acreditar la legitimación del representante legal de dicha empresa, mismo que le había otorgado un poder para poder representarlo en la audiencia de procedimiento se le concedió un plazo prudencial para que en el momento de la audiencia presentara dicha certificación; siendo el órgano director muy complaciente otorgándole un plazo, ya que lo correcto era no permitir la intervención del abogado durante la audiencia y aún así alega el recurrente que se le limitó el derecho de defensa.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por tres motivos:

Primero: **De la nulidad absoluta del Procedimiento administrativo**, se logra observar a simple vista que aparte que son transcripciones literales de doctrina que en nada tiene relación con este asunto, el mismo no tiene fundamento alguno, por cuanto indica en lo conducente que: *“la Administración actúa en doble carácter, sea como juez y como parte al instar el procedimiento y tener la obligación de verificar la verdad real de los hechos y de tener que resolver el caso; lo que obliga a quienes lo integren los órganos directores y decisorios estén*

www.INCOPESCA.go.cr/

obligados a actuar con la mayor objetividad e imparcialidad , permitiendo el efectivo ejercicio del derecho de defensa a las partes involucradas, algo que no se dio por parte del órgano director porque le correspondió también la defensa de la institución” ... “además indicó que “ en el caso concreto, el órgano director funge como el encargo de defensor de la institución, evacuar la prueba, limitar el derecho de repreguntar, analizar la prueba y elaborar un informe a la Presidencia para el dictado del acto. Indicó también que se les negó el derecho a preguntar y repreguntar a testigos y peritos suyos o de la contraparte. Que al ser un órgano colegiado nunca se supo quién era el presidente del órgano , que ambos funcionarios involucrados preguntaron, repreguntaron y actuaron en conjunto sin limitar responsabilidades ni dar oportunidad a tener una defensa clara como bien la ley obliga actuar. “(La cursiva es nuestra).

Si bien es cierto; el recurrente ha inobservado el artículo 314ⁱ de LGAP justamente el inciso 2 que establece que: Si el órgano es colegido, será dirigido por el Presidente o por el miembro designado al efecto, por lo que se puede observar que los funcionarios que actuaron durante la audiencia integraban el órgano director mismo que fue constituido por el Presidente Ejecutivo de INCOPESCA

Además igualmente el recurrente inobserva el artículo 304 LGAP inciso 3 que establece en lo conducente que “Quien tenga el turno podrá pedir aclaraciones y adiciones, así como hacer preguntas para contradecir, inmediatamente después de dadas las respuestas...” el hecho que el órgano Director le haya limitado al recurrente a repreguntar, se desprende el audio de la grabación de la audiencia, es porque en varias ocasiones el Licenciado Fernández quería seguir preguntando e interviniendo durante la audiencia a pesar que no tenía el turno de la palabra , tan es así que cuando el órgano director preguntaba él se tomaba la atribución de repreguntar lo que no procedía; y el peor de los casos es que ignora que el Órgano director tiene las mismas facultades de jueces de la república y que por ende pueden preguntar en cualquier momento de la audiencia según lo que establece el artículo 304 inciso 4 de la LGAP en lo conducente que: “Igualmente deberá intervenir el órgano director por iniciativa propia, con el fin de que la materia de cada pregunta quede agotada en lo posible inmediatamente después de cada respuesta”.

Segundo: De la Negligencia de los Oficiales por Robo o Hurto:

Igualmente no lleva razón el recurrente, si bien es cierto la resolución de Presidencia Ejecutiva en ningún momento achaca responsabilidad a los oficiales de Seguridad de la empresa Alfa, aquí la falta grave es que dicha empresa no cumple con las condiciones pactadas en el contrato administrativo número 2014-0000002 , y tampoco se preocupa por el interés público en el sentido que los bienes que fueron sustraídos por sujetos desconocidos eran herramientas de trabajo de los funcionarios de INCOPESCA para cumplir con el servicio público encomendado; por lo que el tema de negligencia que alega el recurrente en nada tiene que ver con este caso en particular, aquí lo cierto del caso y que es completamente evidente es que la Empresa Seguridad Alfa .S.A ha provocado una inseguridad jurídica al no ejecutar el contrato con las condiciones que se habían pactado.,

Tercero: Del Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad de las Sanciones:

Con respecto este punto, al igual que los anteriores son transcripciones literales de doctrina y jurisprudencia y que su único alegato que reitera nuevamente es que no se determinó la negligencia de su representada y sin

www.INCOPESCA.go.cr/

haber realizado el debido proceso, con respecto a este asunto es sin fundamento alguno y alejado de lo que establece el ordenamiento jurídico; por lo que hay que tener claro es que la Contraloría General de la República, Oficio DAGJ-462-2000 del 27 de marzo del 2000, No. 2860 establece:

“La resolución contractual es un poder-deber de la Administración. En resguardo de los fines públicos a los que sirve la contratación administrativa, la Administración tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los términos del contrato. Entonces, ante el incumplimiento del contratista, la Administración tiene la potestad de resolver el contrato en vía administrativa, una vez que le haya otorgado el derecho de defensa, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley No. 7494. La resolución contractual se expresa como una cláusula exorbitante del derecho común, que le permite a la Administración resolver total o parcialmente y en forma unilateral los contratos administrativos

Pero la Administración puede asegurarse de antemano el fiel y exacto cumplimiento de las obligaciones de su cocontratante. La garantía de cumplimiento aparece como un mecanismo de protección de la Administración frente a cualquier daño eventual ocasionado por el contratista. Dispone el artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa:”

El Artículo 34 de la Ley de Contratación Administrativa .- Garantía de cumplimiento; establece:

La Administración exigirá una garantía de cumplimiento, entre un cinco por ciento (5%) y un diez por ciento (10%) del monto de la contratación. Este monto se definirá en el cartel o en el pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato, para asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario.

La garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista. Cuando exista cláusula penal por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa del contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto.

La ejecución de la garantía de cumplimiento no exime al contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía”.

Dispone el artículo 14 de la Ley de la Contratación Administrativa:

“Derecho de ejecución de garantías. Cuando un oferente o un contratista incurra en incumplimiento, la Administración podrá hacer efectiva la garantía correspondiente. La decisión administrativa de ejecutar esa garantía debe ser motivada y se dará audiencia previa al interesado para exponer su posición”.

La ejecución unilateral de la garantía de cumplimiento está, así, sujeta a un procedimiento en que se demuestren en forma efectiva los daños y perjuicios ocasionados a la Administración y se dé oportunidad al cocontratante de ejercer su defensa (cfr. Contraloría General de la República, Oficio 13793 de 29 de noviembre de 1999 -DAGJ-423-99-):

www.INCOPESCA.go.cr/

Por lo que INCOPESCA, por sí misma, y de forma directa e inmediata, ostenta la potestad de resolver de manera anormal unilateralmente los contratos suscritos cuando se comprueben los incumplimientos del contratista, previo otorgamiento del derecho de defensa, así como el de ejecutar la garantía de cumplimiento, procedimiento que se ha realizado otorgando del derecho de defensa como bien se ha demostrado según se desprende de la grabación y del acta de audiencia oral y privada que lo que se garantizó en todo este procedimiento administrativo fue el debido derecho defensa.”

3-Que debidamente analizado el criterio legal planteado, estiman los Sres. Directivos que el mismo está conforme a derecho, por lo que consecuentemente reafirma la actuación lícita de la Presidencia Ejecutiva contenida en la Resolución PEP-633-09-2016, razón por la cual indubitadamente lo procedente en la especie, es acoger la recomendación vertida, y en consecuencia se debe tener por rechazado el recurso incoado por la Empresa Seguridad Alfa S.A, por lo que la Junta Directiva, **POR TANTO;**

Acuerda

1-Rechazar el Recurso de Apelación interpuesto por la Empresa Seguridad Alfa S.A, en contra de la Resolución emitida por la Presidencia Ejecutiva, bajo número PEP-633- 09-2016.

2-Ordénese a la Administración continuar con los trámites correspondientes a fin de hacer efectiva la Resolución citada.

3-Acuerdo Firme

Comuníquese-

Lic. Guillermo Ramírez Gätjens, Jefe Secretaría Técnica, Junta Directiva



Diccionario Real Academia Española: Miembro: Individuo que forma parte de un conjunto, comunidad o corporación.