



SECRETARIA GENERAL

JUNTA DIRECTIVA

SESION ORDINARIA No. 2562

MARTES 30 DE NOVIEMBRE DEL 2004

16:00 HORAS

ORDEN DEL DIA:

1. Revisión y aprobación del Orden del Día.
2. Exposición: Legislación y control referente a la dinámica institucional impartida por la Licda. Victoria Villalobos Pagani, Directora de Asuntos Jurídicos y por el Lic. Allan Gutiérrez Morales, Auditor General.
3. Asuntos de FANAL:
 - a) Incidente de nulidad, presentado por la Empresa EDP SALIC Sociedad Anónima. Oficio AL No. 626-04.

CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCION
DIRECCION ASUNTOS JURIDICOS

Fecha de recepción 26-11-04 Hora 10:40

Recibido por COLO

TRATADO A: ACCION:

- | | |
|---|--|
| <input type="checkbox"/> Director | <input type="checkbox"/> Encargarse |
| <input type="checkbox"/> Asistente | <input type="checkbox"/> Su info. y archivo |
| <input type="checkbox"/> Administrativa | <input checked="" type="checkbox"/> Archivo |
| <input type="checkbox"/> Reconversión | <input type="checkbox"/> Trámites con Director |
| <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> Comentario |

✉ 2205-1000 San José - Costa Rica Fax 221-6685

☎ 257-9355, Exts. 201-202 E-mail: junta@cnp.go.cr

Atendido _____ Fecha _____



SECRETARIA GENERAL

JUNTA DIRECTIVA

SESION ORDINARIA No. 2562

-2-

4. **Informes de la Presidencia Ejecutiva**

5. **Informes del señor Ministro de Agricultura y Ganadería**

6. **Mociones y proposiciones de los señores miembros de Junta Directiva.**

mms.-

JR-045-04

03 de noviembre del 2004
AL No. 626-2004

Ingeniero
José Joaquín Acuña Mesén
Presidente Ejecutivo
Su Oficina

2.

C. N. P.	
SECRETARIA GENERAL	
RECBIDO	
Piza	
Fecha	10-11-04
Hora	3:00pm

Estimado Señor:

En atención al Memorando Interno 642 de fecha 17 de setiembre del presente año, mediante el cual remite oficio que fuera recibido en la Secretaría General de Junta Directiva el día 16 de setiembre del 2004, suscrito por el señor Daniel Drew Espinal, representante de la Empresa EDP Salic Sociedad Anónima, nos permitimos manifestarle lo siguiente:

Mediante el Oficio ADG No. 282-04 de fecha 18 de mayo del 2004, se dio inicio al Procedimiento Administrativo tendiente a resolver el Contrato de Concesión suscrito con la Empresa EDP Salic Sociedad Anónima el 26 de diciembre del 2000.

La Empresa Concesionaria formuló Recurso de Revocatoria con Apelación en Subsidio impugnando el Acto de Inicio del citado Procedimiento Administrativo, siendo que la Administración de FANAL mediante el oficio ADG No. 337-04 de fecha 11 de junio del 2004, declaró sin lugar el citado Recurso, remitiendo el expediente a la Junta Directiva a efecto de que resolviera el Recurso de Apelación que fuera formulado.

La Junta Directiva mediante Acuerdo de la Sesión No. 2523 artículo 11 celebrada el día 16 de junio del 2004, declaró sin lugar el Recurso de Apelación que fuera formulado por la Empresa EDP Salic Sociedad Anónima en contra del acto de apertura del Procedimiento Administrativo.

La Empresa EDP SALIC SOCIEDAD ANÓNIMA interpuso Recurso de Amparo ante la Sala Constitucional aduciendo la existencia de violaciones constitucionales.

La Junta Directiva en atención a la recomendación formulada por la Dirección de Asuntos Jurídicos mediante el Oficio DAJ No. 446.2004 del 30 de agosto del 2004, mediante Acuerdo que fuera adoptado por la Junta Directiva en la Sesión No. 2534 artículo 3 celebrada el día 03 de agosto del 2004, procedió a ordenar la anulación del oficio ADG No. 337-04 del 11 de junio del 2004 y el Acuerdo de la Sesión No. 2523, artículo 11 celebrada el día 16 de junio del 2004, por medio de los cuales se había declarado sin lugar los Recursos de Revocatoria y Apelación que había formulado la Empresa EDP SALIC SOCIEDAD ANÓNIMA respecto del acto de inicio del Procedimiento Administrativo tendiente a determinar la resolución del Contrato de Concesión suscrito el 26 de diciembre del 2000.

En cumplimiento del Acuerdo supra citado, la Administración General de FANAL mediante el Oficio ADG No.522-04 de fecha 06 de setiembre del presente año, procedió a resolver el Recurso de Revocatoria que fuera formulado por la Empresa EDP Salic Sociedad Anónima en contra del Oficio ADG No. 282-04 de fecha 18 de mayo del 2004, por medio del cual se había procedido a dar inicio al Procedimiento de Resolución del Contrato de Concesión.

En criterio de la Administración General, el Recurso de Revocatoria formulado por la Concesionaria carece de fundamento, procediendo a declarar sin lugar el citado Recurso. Asimismo se le indicó a la Empresa recurrente que se admitía el Recurso de Apelación para ante la Junta Directiva la cual deberá resolver el citado Recurso.

La Sala Constitucional, mediante la Sentencia No. 9219-04 de fecha 25 de agosto del 2004, declaró con lugar el Recurso de Amparo interpuesto por la Empresa EDP SALIC SOCIEDAD ANÓNIMA, ordenándose anular el acto administrativo contenido en el Oficio ADG No. 337-04 del 11 de junio del 2004 y el Acuerdo que fuera adoptado por la Junta Directiva en la Sesión No. 2523 artículo 11 del 16 de junio del 2004.

Dicho voto no ha sido notificado a la fecha, pues se encuentra en fase de recolección de firmas, por lo que el texto del voto no se encuentra en el sistema, lo cual impide verificar los alcances de la resolución.

RECOMENDACIÓN

Esta Asesoría Legal, considera conveniente que hasta tanto la Sala Constitucional no notifique formalmente la Sentencia dictada dentro del Recurso de Amparo que fuera interpuesto por la Empresa EDP Salic Sociedad Anónima, la Junta Directiva no proceda a resolver el Recurso de Apelación que fuera presentado contra el Acto de Inicio del Procedimiento Administrativo que fuera implementado a efecto de resolver el Contrato de Concesión.

Una vez que sea comunicada dicha Sentencia, la Junta Directiva podría proceder a resolver el Recurso de Apelación que fuera formulado por la citada Empresa en contra del acto de inicio del procedimiento administrativo de resolución del Contrato de Concesión, para lo cual se deberán valorar las argumentaciones dadas por la Administración General de la Fábrica de Licores y que constan en el oficio de referencia, así como las argumentaciones de la Empresa recurrente que constan en el oficio de interposición del citado Recurso y mediante el oficio de fecha 16 de setiembre del 2004.

Atentamente,

ORIGINAL FIRMADO
Lic. Francisco Jiménez Villegas
ASESORIA LEGAL

Original }
Firmado } Lic. Victoria Villalobos P.

LIC. FRANCISCO JIMÉNEZ V. VB LICDA VICTORIA VILLALOBOS P.
ASESOR LEGAL DIRECTORA ASUNTOS JURIDICOS

Copias: Secretaría General ✓
Administración General de FANAL
Archivo



MEMORANDUM INTERNO No. 642

PARA: Licda. Victoria Villalobos, Directora Asuntos Jurídicos
Lic. Francisco Jiménez, Asesor Legal FANAL

ASUNTO: Incidente de Nulidad y Solicitud de audiencia de *Salic. S.A.*

FECHA: 17 de setiembre del 2004

Con instrucciones del Ing. José Joaquín Acuña Mesén, Presidente Ejecutivo, les remito copia del documento en mención para su respectivo análisis ya que será conocido en Junta Administrativa el próximo 21 de setiembre del año en curso.

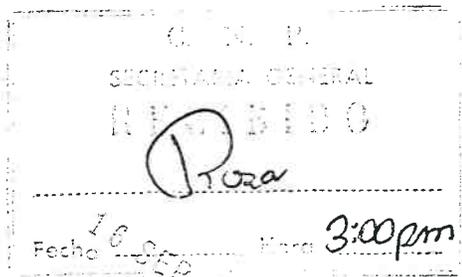


Lic. Marina Calvo Fonseca
Asesoría Legal

Ame/PE 642

C
Administrador General FANAL
Secretaria General
Archivos

Para
20-9-04



ADMINISTRACIÓN GENERAL /
FÁBRICA NACIONAL DE LICORES /
"Procedimiento a efecto de resolver el
contrato de Concesión entre el Consejo
Nacional de Producción y la empresa
EDP Salic, S.A. suscrito el 26 de
diciembre del 2000".

12

Señores
Junta Directiva
CONSEJO NACIONAL DE PRODUCCIÓN

El infrascrito, DANIEL DREW ESPINAL, de calidades y condición en autos conocidas, con respeto digo:

Dentro del plazo conferido en el oficio No. ADG No. 522-04, del 6 de setiembre del 2004, notificado vía fax el 10 de setiembre del 2004, en tiempo y forma, me apersono ante la Junta Directiva del Consejo Nacional de Producción a hacer valer mis derechos manifestando:

1. Reitero EN TODOS SUS EXTREMOS los argumentos de hecho y de derecho establecidos en el escrito del 21 de mayo del 2004, conforme al cual se interpusieron formales recursos de revocatoria con apelación en subsidio contra el acto de apertura del "procedimiento a efectos de resolver el contrato de concesión entre el Consejo Nacional de Producción y la empresa E.D.P. Salic, S.A., suscrito el 26 de diciembre del 2000".
2. Una vez más, mediante oficio No. ADG No. 522-04, del 6 de setiembre del 2004, la Administración General de la Fábrica Nacional de Licores, desconoce el cumplimiento

de elementos básicos para la conformación de la voluntad administrativa y la validez del acto que se emita.

En efecto, según se estipula en el artículo 129 de la Ley General de la Administración Pública, el acto debe dictarse por el órgano competente y por el servidor regularmente designado al momento de dictarlo, previo cumplimiento de todos los trámites sustanciales previstos al efecto y de los requisitos indispensables para el ejercicio de la competencia.

Así, no basta con la tramitación previa de un procedimiento administrativo sancionador (y la resolución de un contrato lo es) para cumplimentar todas las exigencias del principio de legalidad procedimental. También es necesario que los actos procesales se ajusten al ordenamiento jurídico en su conjunto.

En el caso en concreto, la Administración General de la FANAL pretende sustentar la validez de la emisión del acto de iniciación del procedimiento, en un acuerdo mediante el cual la Junta Directiva del CNP le autoriza para su apertura con fundamento en lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa y en el artículo 13 del Reglamento General a la Ley. Tal argumento es jurídicamente improcedente, por tratarse de una potestad que es de carácter indelegable, por estar expresamente atribuida a la Junta Directiva la facultad de otorgar y cancelar las concesiones para la elaboración de licores (Pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, No. C-076-96).

Dentro de la tesis expuesta, la delegación operada violenta el principio de legalidad administrativa y transgrede el debido proceso, en su dimensión sustantiva, ya que deja en manos (al libre arbitrio) de la Administración General de la FANAL, que a lo sumo puede actuar como órgano instructor, la definición del contenido y los alcances



del procedimiento. Así las cosas, debe declararse la NULIDAD de todo lo actuado, para lo cual se deja interpuesto el respectivo INCIDENTE DE NULIDAD.

Sobre el particular, no está demás señalar que mediante lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa (y su desarrollo contenido en el artículo 13 del Reglamento General a la Ley, en lo referente a la resolución contractual), se regula únicamente el procedimiento conforme al cual se verifica el debido proceso, lo que en modo alguno debe (ni puede) interpretarse constituye una derogación tácita o expresa de las reglas y elementos establecidos en la Ley General de la Administración Pública (Libro Primero) para el ejercicio de la competencia (orígenes, límites y naturaleza), así como para la adopción del acto administrativo (sujeto, objeto, motivo, contenido y fin).

3. La facultad que tiene el CNP para resolver los contratos de concesión, cuando se determine que existe algún incumplimiento (lo que mi representada niega haya ocurrido) no es irrestricta. Por el contrario, debe ejercerse en forma mesurada y con estricto apego y acatamiento de las normas y procedimientos que el mismo CNP ha dictado, en el ejercicio de su propia competencia.

En este sentido, lo actuado hasta el momento por la Junta Directiva del CNP y la Administración General de la FANAL, implica una derogación singular de las normas para el caso en concreto y constituye una clara violación al debido proceso.

En efecto, en el artículo 15 del "Reglamento para la Concesión de Licores en FANAL", publicado en La Gaceta No. 190 del 3 de octubre de 1997, aprobado por la Junta Directiva del CNP, se establece y regula de forma expresa el procedimiento que debe seguir la FANAL para verificar el uso dado al alcohol que expende como materia prima.

De acuerdo con dicho procedimiento, que tiene FUERZA VINCULANTE PARA LA ADMINISTRACIÓN, la resolución contractual procede únicamente en el supuesto de que se configure un incumplimiento reiterado, lo cual sólo puede ocurrir una vez que, detectada la falta, se haya prevenido expresamente al concesionario su corrección, otorgándosele para ello un plazo de 15 días hábiles, y éste persista empecinadamente en la situación de incumplimiento.

Es más, de hecho, ni siquiera en ese supuesto (que resulta casi extremo) es jurídicamente posible el inicio directo de un procedimiento de resolución, cuando previamente no se ha utilizado la figura (sanción) de “suspender la venta de materia prima”, como mecanismo para reconducir el cumplimiento del contrato por cauces normales.

Y es que hay que entender que la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia de tal entidad que obliga a estimarla aplicable tan sólo a los casos más graves de incumplimiento, ya que resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, pues constituye una opción que la Administración está obligada a ejercer con mesura.

Adicionalmente, hago ver que el incumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 15 del Reglamento dicho, conlleva una clara violación al debido proceso a que tiene derecho mi representada y transgrede, groseramente, el principio de la “inderogabilidad singular de las normas”, que tiene cobertura constitucional

Así lo ha reconocido la propia Sala Constitucional, que en la resolución No. 2009-95, configuró este principio como *“principio general de rango constitucional, (...) aplicable a la totalidad del ordenamiento jurídico, como derivación y a la vez condición del Estado de Derecho en su integralidad”*.



En definitiva, el CNP no puede, so pena de quebrantar este cardinal principio, desaplicar el artículo 15 del Reglamento de marras, para el caso específico de E.D.P. SALIC, lo cual generaría la nulidad de todo lo actuado y haría incurrir al órgano colegiado en DESVIACIÓN DE PODER, con las responsabilidades que se indican en el punto siguiente.

4. La FANAL carece de competencia para intervenir en la importación de licores.

Así lo ha señalado en su reiterada jurisprudencia la Procuraduría General de la República, al indicar que la función de regulación que el artículo 443 del Código Fiscal confía a la Fábrica Nacional de Licores *“está exclusivamente referida a la «producción» y el uso de alcohol etílico para fines licoreros e industriales y la elaboración de rones crudos para el consumo nacional y para la exportación, sin que abarque la comercialización en el país y mucho menos la importación de licores o alcohol desde el exterior”* (OJ.-135-99).

Conforme a esa línea de pensamiento, dicho órgano consultivo superior del Estado, con verdadera nitidez, ha establecido la existencia de dos áreas muy bien diferenciadas: (a) la llamada “función de regulación”, que conlleva el ejercicio de potestades de imperio, y cuyo ejercicio corresponde al Poder Ejecutivo; (b) la actividad empresarial, que se traduce en la producción y comercialización de alcohol etílico para fines licoreros e industriales y la elaboración de rones crudos, que es lo que está reservado en monopolio para la FANAL.

Aquí, una vez más, reiteramos que el Código Fiscal no atribuye a la FANAL (en particular) ni al CNP (en general) competencia alguna para regular la importación de licores, o controlar el uso que de los mismos se realice.

Así pues, toda actuación desplegada por la FANAL más allá de la labor de control o inspección que (razonablemente) puede y debe realizar respecto del uso del alcohol

que produce y vende, violenta el principio de legalidad, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y su homónimo de la Ley General de la Administración Pública, que implica que los cargos detallados en los puntos b), c), d) y e) del numeral 2 del "Por Tanto" de la resolución ADG No. 282-04 del 18 de mayo del 2004, mediante la cual se dio inicio al procedimiento, constituyan una clara manifestación de DESVIACIÓN DE PODER, susceptible de generar responsabilidad administrativa, civil e, incluso, penal de los miembros de esa Junta Directiva.

5. Por otra parte, la FANAL insiste en eludir el hecho de que las importaciones de licor de las que espuriamente echa mano para justificar el presente procedimiento, fueron realizadas por una empresa que no es contraparte contractual de FANAL, ni tampoco ha sido llamada a participar en este proceso.

Así, resulta contrario a principios elementales de lógica y justicia toda pretensión de responsabilizar a mi representada por actos que jurídicamente no pueden serle imputados, existiendo una evidente FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA.

En esa línea, hacemos ver a ese órgano colegiado que aún cuando en el acto de apertura se hace una vaga alusión al principio de "unidad económica", no se demuestra (y ni siquiera se alega) que la empresa Industrias Salic, S.A. (importadora del Vodka) constituya una misma unidad con mi representada.

6. Mediante el oficio ADG No. 522-04, del 6 de setiembre del 2004, la Administración General de FANAL, amplía los cargos imputados a mi representada conforme al oficio ADG 282-04, de fecha 18 de mayo del 2004, agregando elementos de hecho que no fueron inicialmente considerados al momento de acordar la apertura del procedimiento. Nos referimos especialmente a aquellas manifestaciones que (entre otras cosas), imputan a mi representada el impedir a la FANAL saber en qué se usa el

alcohol que dicha fábrica nos vende, así como otras afirmaciones que se desglosan a lo largo del auto que resuelve el recurso de revocatoria.

Dicho proceder conlleva una clara violación al debido proceso y deja a mi representada en situación de indefensión, ya que no tiene certeza de qué en concreto tiene que defenderse.

En su faz adjetiva el debido proceso exige la obligación de poner al sujeto investigado en conocimiento de los hechos que se le imputan desde el momento mismo del acto de apertura, de modo que pueda objetarlos y ejercer en forma plena el derecho de defensa. Asimismo, deben especificarse los hechos en que se basa la intimación (en forma clara, precisa y circunstanciada).

Al respecto, cabe recordar que según la jurisprudencia reiterada de la Sala Constitucional, los requisitos mencionados "son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador". (Voto 5653-93 y en similar sentido Voto No. 2945-94).

En la tesitura expuesta, aún cuando la Administración (de considerarlo necesario) tiene potestad para ampliar los cargos, ello debe hacerlo por los mecanismos que le autoriza la ley (acto debidamente motivado) y en el momento procesal oportuno, sin por ello cercenar los derechos del administrado.

Así las cosas, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 158.1 y 166 de la Ley General de la Administración Pública, presento INCIDENTE DE NULIDAD de todo lo actuado.



niehaus & weinstok

ABOGADOS Y NOTARIOS

Sobre la base de todo lo expuesto, **SOLICITO** se acoja el presente recurso de apelación y, en consecuencia, sin más trámite, se ordene el archivo del expediente.

En forma subsidiaria, dado que por acuerdo adoptado por la Junta Directiva en la sesión 2534, artículo 3, celebrada el 3 de agosto del 2004, se procedió a la anulación del oficio ADG No. 337-04 del 11 de junio del 2004, retrotrayéndose los procedimientos a la etapa de resolución de los recursos de revocatoria con apelación en subsidio, interpuestos por mi representada contra el oficio ADG No. 282-04, del 18 de mayo del 2004, **SE REQUIERE** verificar la audiencia oral y privada, solicitada en tiempo y forma, mediante memorial del 25 de mayo del 2004.

Queda por lo tanto planteada nuevamente nuestra solicitud de la audiencia a la que tenemos derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa.

NOTIFICACIONES: las atenderé en el fax número 225-0505, rotuladas a nombre del Lic. Uri Weinstok M., con confirmación al teléfono número 224-8282.

San José, 16 de setiembre del 2004.


DANIEL DREW ESPINAL

ES AUTÉNTICA



