

**INCOP**

Fecha: 1-3-2012
Recibido: Marcela Lizano
PRESIDENCIA EJECUTIVA SAN JOSE

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**Al contestar refiérase****Al oficio No. 01741**

22 de febrero, 2012
DCA-0406

Ingeniero
Urias Ugalde Varela
Presidente Ejecutivo
Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico

Estimado señor:

Asunto: Se otorga refrendo la adenda No. 2 al contrato de concesión de obra pública con servicio público para la construcción y operación de la Terminal Granelera de Puerto Caldera, suscrita el 17 de enero de 2012, por un monto de \$29.634.464.

Nos referimos a su oficio No. PESJU-293-2011 mediante el cual remitió para refrendo la adenda número 2 al contrato de concesión de obra pública con servicio público, para la construcción y operación de la Terminal Granelera de Puerto Caldera.

Mediante oficios No. DCA-2279, DCA-2334 y DCA-3150 todos del año 2011, se requirió información adicional a la Administración, la cual fue atendida por notas PESJU-404-2011 y PESJU-014-2012.

1. Sobre la adenda que se refrenda.

En el trámite de esta gestión, la Administración Concedente presentó una primera adenda 2, suscrita el 21 de julio de 2011. Sin embargo, producto de las consultas efectuadas por este órgano contralor, y negociaciones de las partes, dicho documento contractual fue dejado sin efecto, según se aprecia de lo indicado de manera expresa en el documento suscrito el 20 de octubre de 2011, donde en la cláusula vigésimo cuarta se consigna:

“Con la firma del presente addendum las Partes acuerdan dejar sin ningún efecto jurídico el addendum suscrito el 21 de julio del 2011 y renuncian a la posibilidad de presentarlo ante el Órgano Contralor.”

Posteriormente, se remite un nuevo documento firmado el 17 de enero de 2012, donde en la cláusula vigésimo cuarta se indica:

“Con la firma del presente Addendum las Partes acuerdan dejar sin ningún efecto jurídico los Addendums suscritos el 21 de julio del 2011 y el 20 de octubre de 2011 y renuncian a la posibilidad de presentarlo ante el Órgano Contralor.”

De ahí que el refrendo se otorga a la adenda número 2 suscrita el 17 de enero del 2012, no extendiéndose dicha aprobación, bajo ningún concepto, a los documentos suscritos el 21 de julio y el 20 de octubre, ambos del 2011.

2. Antecedentes y proceso de conciliación

En el año 2001, se promovió la Licitación Pública Internacional 03-2001-CNC para la concesión de obra pública con servicios públicos para la construcción y operación de la de la nueva Terminal Granelera de Puerto Caldera.

El contrato y adenda 1 fueron firmados el 24 de febrero de 2006, estimándose la contratación por un monto de USD\$22.315.899,63. Dichos documentos contractuales fueron refrendados por este órgano contralor mediante oficio No. 4972 (DCA-894) del 7 de abril de ese mismo año.

Ahora bien, según se indica en los considerandos de la adenda, se interpusieron diferentes acciones ante la Sala Constitucional, por lo que el Tribunal Constitucional ordenó suspender la construcción de las obras.

Ante esta situación, el 12 de setiembre de 2006 el INCOP acordó suspender el inicio de las obras hasta que la Sala Constitucional resolviera los casos.

Mediante votos 07-13574 del 19 de setiembre de 2007 y 07-17409 del 28 de noviembre de 2007, se declararon sin lugar los asuntos sometidos a conocimiento del Tribunal Constitucional.

Posteriormente, en el mes de junio de 2008 la sociedad concesionaria, como consecuencia en el atraso del inicio de las obras, presentó solicitud para determinar el valor actual de la obra y el impacto que tal variación podría tener en el equilibrio del contrato. De esta forma, mediante acuerdo tomado en la sesión No. 3590 del 24 de setiembre de 2009 se acogió la solicitud presentada y se determinó que el costo del proyecto en ese momento, según el diseño, era de USD\$40.461.000,00, rechazándose la solicitud del reequilibrio económico.

Ante este panorama, la concesionaria solicitó a la Administración concedente la conformación de una Comisión de Conciliación, con base en la cláusula 7.1 del contrato original, el cual dispone en lo que interesa: *“Se constituirá una Comisión Técnica de Conciliación para resolver controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución de este Contrato y de los derechos, obligaciones, y responsabilidades derivadas del mismo.”*

Debe tomarse en consideración, además, que la Cámara Costarricense de Importadores de Graneles (CACIGRA) en los años 2008 y 2010 planteó ante el INCOP una serie de inquietudes respecto del proyecto original, por lo que solicitó se revisara el diseño a fin de ajustarlo a las nuevas necesidades

de los importadores del país. Posteriormente la Junta Directiva del INCOP, mediante acuerdo No. 3683 de 21 de diciembre de 2010, aprobó un proyecto alternativo para la construcción de la nueva terminal, por un monto de USD\$29.634.464,00, aspecto sobre el cual analizará posteriormente.

Producto de lo anterior, las partes pactan la adenda 2 en análisis, suscrita el 17 de enero del 2012.

En este punto, es importante advertir que según lo dispuesto en el numeral 2 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, por medio del trámite de refrendo, esta Contraloría General examina y verifica que el clausulado del documento contractual se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico. De allí que, los estudios técnicos y acuerdos de tal conciliación quedan bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración.

Al respecto, el artículo 8 inciso 3) del Reglamento antes citado, en cuanto a la verificación que debe realizar este órgano contralor, entre otras cosas, señala:

“Que estén incorporados en el expediente administrativo de la contratación, los estudios técnicos que sustenten la selección del objeto contractual y los demás términos del cartel, cuando así lo requiera el ordenamiento jurídico. Cuando no consten los citados estudios, deberán incorporarse en la nota de remisión a la que se refiere el artículo 12 de este Reglamento, las razones que justifiquen la decisión administrativa de adjudicar el objeto contractual en los términos sometidos a refrendo. Es entendido que la solución técnica adoptada por la Administración es de su entera discrecionalidad y responsabilidad...”

Es por esto que por medio del refrendo no se valida ni la solución técnica adoptada, ni los estudios técnicos, lo cual recae dentro del ámbito de responsabilidad de la Administración, verificándose, eso sí, la existencia de tales actuaciones.

3. Ubicación de la terminal

La cláusula primera de la adenda incorpora a la cláusula 1.6 del contrato original, relativa al área y bienes objeto de la concesión, el plano que establece la nueva ubicación de la Terminal Granelera de Puerto Caldera, visible en el Anexo A de esa adenda y se indica que la porción de terreno de la concesión se mantiene sin modificaciones.

Sobre el particular, la Administración Concedente en respuesta a requerimiento de información, señala que el plano que consta en el Anexo A de la adenda se incorpora para establecer la nueva ubicación y alineamiento del nuevo muelle, reiterando que la totalidad de metros cuadrados concesionados a la Sociedad Portuaria Granelera de Caldera –en adelante SPGC– se mantiene invariable, y será destinado a la operación de la terminal¹.

En cuanto al nuevo alineamiento, toma nota este Despacho que según se indica en el capítulo 3 *Ajuste de Layout del Nuevo Muelle*, del Informe Final Actualización del Predimensionamiento de

¹ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

un Nuevo Muelle en Puerto Caldera de fecha julio de 2010, visible en el Anexo B de esta adenda, el Gobierno de Costa Rica solicitó a la empresa concesionaria, ajustar el Layout del nuevo muelle con el fin de alinearlos con la línea general de atraque establecida en el Plan Maestro del año 1995².

Por otra parte, de acuerdo con la cláusula 1.6 del contrato, el área objeto de la concesión posee una medida de 31.512,47 metros cuadrados, cantidad que se mantiene sin modificación según se observa en el Anexo A que se incorporó mediante la adenda.

En virtud de lo expuesto, se deja bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente los cambios realizados en la ubicación y alineamiento del nuevo muelle para la Terminal Granelera.

4. Plazo de la concesión

En relación con la cláusula 1.8.3 del contrato original, mediante la cláusula segunda de la adenda, las partes establecen que el plazo para el inicio de las obras de construcción del proyecto, es de seis meses a partir de la notificación del refrendo de la presente adenda y que éste puede ser prorrogado de conformidad con la cláusula 5.9.6 del contrato.

En punto a este aspecto, en respuesta a requerimiento de información, la Administración Concedente manifiesta lo siguiente³:

- a) Que el plazo de la concesión se mantiene en 20 años de conformidad con lo establecido en el primer párrafo de la cláusula 1.8.3 del contrato.
- b) Que desde el año 2006 y hasta la fecha, se opera en la infraestructura existente.
- c) Que a partir de la notificación de refrendo de la adenda, se cuenta con seis meses para iniciar la construcción del muelle granelero, mismo que se tiene estimado iniciar en el año 2012, y cuya duración será de dos años.
- d) Que bajo esa programación, se estima el inicio de la operación de la nueva Terminal Granelera a partir del año 2014 y hasta la conclusión del plazo de la concesión.

Aunado a lo anterior, en lo que se refiere al plazo para dar inicio a la construcción de las obras, la Administración Concedente indica que se trata de un nuevo plazo de seis meses a partir de que le sea notificado al Concesionario el refrendo de la adenda N° 2, mismo que no guarda relación por lo tanto con el plazo remanente del contrato original. Como sustento de esta decisión, señala la Administración Concedente que *"la ingeniería conceptual y de detalle no son transferibles del diseño original previsto en la versión vigente del contrato al nuevo diseño derivado de la*

² Este estudio fue contratado por la Sociedad Portuaria Granelera de Caldera (SPGC), mismo que fue analizado y aprobado por una comisión interinstitucional y por diferentes instancias de la Administración Concedente, según se explica en el punto 5 de este oficio.

³ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

aprobación del Plan B, lo que natural y necesariamente obliga a otorgar un plazo renovado. A esto se suma que las actividades y requerimientos relativos al cierre financiero deben considerar el nuevo diseño, sin que sea posible transferir lo avanzado para el diseño original, pues las entidades financieras analizan el proyecto tal y como se realizará⁴.

Asimismo, en relación con la razonabilidad del plazo acordado, manifiesta que en el contrato original se establecía un plazo de seis meses para cumplir con las condiciones precedentes y treinta y seis meses para la construcción de las obras, para un plazo total de cuarenta y dos meses, mientras que con los plazos previstos en la adenda N° 2, de seis meses para cumplir con la condiciones precedentes y de veinticuatro meses para la construcción, se tiene un plazo total de treinta meses, el cual resulta inferior al originalmente previsto.

Vistas las razones expuestas por la Administración Concedente, el presente refrendo se otorga en el entendido que el nuevo plazo para el inicio de las obras de construcción, no modifica el plazo de la concesión, establecido en 20 años a partir de la orden de inicio emitida por el INCOP en el año 2006.

Asimismo, siendo que las partes han acordado que el plazo de 20 años de concesión se mantiene invariable y que según lo expuesto en el punto 19 de este oficio, al momento de actualizar el modelo financiero las partes han determinado que no existe desequilibrio financiero en la relación contractual, entiende este Despacho que no es posible para el Concesionario presentar un reclamo motivado en el menor plazo de explotación de la nueva Terminal Granelera en relación con el periodo de explotación originalmente previsto.

En relación con la posibilidad de prorrogar el plazo de seis meses para iniciar la construcción de las obras y conforme con la cláusula 5.9.6 del contrato original, se entiende que tal prórroga procederá de forma excepcional y en el tanto obedezca a causas ajenas a la concesionaria y hasta por un plazo de 90 días calendario, tal y como se indicó en el oficio No. PESJU-404-2011.

5. Obras a realizar

Las modificaciones relativas a las obras a realizar, según lo dispuesto en la cláusula 3.2 del contrato, modificada mediante la cláusula tercera de la adenda, están asociadas a las características de diseño de las obras y su precio, así como a la previsión de terrenos para expansión futura de la concesión, aspectos que serán analizados a continuación.

Diseño de las obras

En lo que a obras se refiere, la cláusula tercera del contrato original dispone que el Concesionario debe diseñar y construir un nuevo atracadero equipado con las facilidades necesarias para el manejo de productos a granel y un sistema para el almacenamiento (silos) de los productos descargados, así como proveer e instalar los sistemas de transferencia (bandas transportadoras) aptos para el manejo

⁴ Oficio PESJU-014-2012 de fecha 17 de enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

de diferentes productos a granel y los equipos necesarios para la operación de descarga de esos productos. Sin embargo, en la adenda sometida a estudio, se acuerda una modificación de las características de diseño de las obras, la cual comprende entre otros, la eliminación de silos para almacenamiento, bodega para fertilizantes y de las bandas transportadoras.

Al respecto, señala la Administración Concedente que al momento de licitar la concesión, *“se partió de un diseño considerado apropiado desde la perspectiva técnica y que respondía a las necesidades del comercio exterior costarricense”*⁵. Sin embargo, agrega que en los diez años transcurridos desde la publicación del pliego cartelario *“han sido múltiples los sucesos acaecidos que impactan necesariamente en los análisis de conveniencia y oportunidad relativos a la nueva infraestructura portuaria”*⁶. Destaca el hecho que como producto de las impugnaciones presentadas ante la Sala Constitucional, se ordenó la suspensión de las obras de construcción relacionadas con el contrato, situación que se mantuvo durante el periodo de setiembre de 2006 a marzo de 2008⁷.

Los atrasos en el inicio de las obras de construcción, producto principalmente de las impugnaciones mencionadas, generaron consecuencias asociadas al valor y diseño de las obras. En cuanto a las primeras, señala la Administración Concedente que en junio de 2008, el Concesionario solicitó formalmente determinar el valor actualizado de la obra. Sobre el particular, luego del análisis respectivo, la Junta Directiva del INCOP resolvió que el costo proporcional y razonable de la construcción de la Terminal Granelera a junio de 2008, según el diseño original –en adelante denominado Plan A–, era de USD\$40.461.000,00 (cuarenta millones cuatrocientos sesenta y un mil dólares americanos)⁸.

Por su parte, en lo que se refiere al diseño de las obras, la Cámara Costarricense de Importadores de Graneles (CACIGRA) solicita al INCOP la revisión del diseño de la nueva Terminal Granelera de Puerto Caldera, por cuanto considera existe un desfase entre los elementos técnicos considerados cuando se realizó el diseño original de la terminal y la realidad de las importaciones que se efectúan en la actualidad, toda vez que los requerimientos de los importadores se han modificado en términos del tipo y volumen de graneles que se importan y de la variedad de graneles transportados por un mismo barco⁹.

En virtud de lo anterior, el Concesionario presenta una propuesta alternativa de construcción sustentada en el documento preliminar “Predimensionamiento de las Obras de un Nuevo Muelle en Puerto Caldera” del mes de noviembre de 2009, elaborado por la empresa consultora Silva Carreño

⁵ Oficio PESJU-293-2011 de fecha 4 de agosto de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

⁶ Ibid.

⁷ Mediante el acuerdo 12 de la sesión 3372 celebrada por la Junta Directiva del INCOP el 12 de setiembre de 2006, se acuerda que por disposición de la Sala Constitucional y con fundamento en el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se suspende el inicio de las obras de construcción hasta que se resuelva el recurso de amparo y la acción de inconstitucionalidad presentados por la Asociación Nacional de Empleados Públicos (ANEP). Finalmente, mediante el acuerdo 1 de la Junta Directiva del INCOP, tomado en la sesión 3479 del 11 de marzo de 2008, se acuerda tener por finalizada la suspensión del plazo acordada en sesión 3372 del 12 de setiembre de 2006.

⁸ Acuerdo Único de la sesión 3590 de la Junta Directiva del INCOP de fecha 24 de setiembre de 2009.

⁹ Nota de fecha 20 de junio de 2008.

Administración e Ingeniería Limitada¹⁰. La Administración Concedente por su parte, conforma una comisión integrada por el INCOP, MOPT, CACIGRA y el Concesionario para estudiar alternativas al proyecto establecido en el contrato.

En relación con la citada comisión, la Administración Concedente señala que *“Del análisis técnico, legal, de interés público, así como las simulaciones operativas, y con base en el Plan Maestro de Puerto Caldera, el cual implicó el estudio de diversas propuestas de ubicación, diseño, diferencias en la composición y el tipo de carga de los buques graneleros, la comisión recomendó una alternativa para la construcción de la nueva Terminal Granelera en Puerto Caldera, que se consideró técnica y jurídicamente viable y por generar una serie de beneficios de orden operativo, técnico y de interés público. La conclusión es que el nuevo diseño responde de mejor manera, dadas las circunstancias sobrevinientes, a las necesidades actuales del mercado granelero para competir regionalmente con los estándares internacionales para este tipo de terminal. Dadas las nuevas circunstancias, se concluye que la descarga directamente a camiones es más conveniente, eficiente y efectiva que la modalidad de equipamiento de fajas o bandas transportadoras y de almacenaje como silos o bodegas”¹¹.*

Conocidos los resultados de la comparación del Plan A (diseño original) y Plan B (diseño alternativo a partir del informe de Silva Carreño) así como la recomendación de la Comisión, se tienen las siguientes aprobaciones:

a) Mediante oficio DMOPT-1644-10 de fecha 6 de mayo de 2010, el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, Francisco Jiménez Reyes, autoriza continuar con la elaboración del anteproyecto definitivo y el presupuesto correspondiente para determinar las implicaciones económicas de la alternativa propuesta por la comisión (Plan B).

b) Mediante minuta del 19 de agosto de 2010, la comisión que analizó el proyecto alternativo para la construcción de la nueva Terminal Granelera de Puerto Caldera, avaló el anteproyecto y presupuesto elaborado por la firma consultora Silva Carreño Administración e Ingeniería SCA Limitada.

c) Mediante oficio DMP-DI-2010-0213 de fecha 8 de setiembre de 2010 –aportado durante el trámite de refrendo– la División Marítimo Portuaria del MOPT avala el anteproyecto y presupuesto preliminar elaborado por la consultora Silva Carreño, contratada para realizar la ingeniería preliminar del proyecto. Asimismo, señala que la nueva propuesta no modifica el objeto del contrato y mejora la operación y manejo de los diferentes tipos de granos y minerales y su modalidad de trasiego.

d) Mediante acuerdo 3 tomado en la sesión 3660, celebrada el 2 de setiembre de 2010, la Junta Directiva del INCOP autoriza al Gerente General para que presente la propuesta de diseño aprobada por la comisión que analizó el diseño alternativo de la Nueva Terminal Granelera,

¹⁰ Presentado mediante oficio GG-113-2009, recibido por el INCOP el 27 de noviembre de 2009, suscrito por el Gerente General de la Sociedad Portuaria Granelera de Caldera.

¹¹ Oficio PESJU-293-2011 del 4 de agosto de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

ante la Comisión de Conciliación conformada para resolver la controversia en relación con el posible desequilibrio económico-financiero del contrato.

e) Mediante oficio DVTAMP-240-10 del día 13 de setiembre de 2010, suscrito por el señor Viceministro de Transporte Aéreo y Marítimo Portuario, Luis Carlos Araya Monge, se otorga el visto bueno para que se proceda con los trámites para la implementación del proyecto y la modificación contractual ante el órgano contralor.

Aunado a lo anterior, se destaca la participación de la Cámara de Costarricense de Importadores de Graneles (CACIGRA) en la determinación de la propuesta alternativa de diseño (Plan B), ya que según indica la Administración Concedente, la citada Cámara representa en lo fundamental al usuario de la nueva Terminal Granelera. En punto a este aspecto, considera la Administración Concedente que el hecho de que los usuarios naturales de la concesión expresaran a través de diferentes medios la necesidad de modificar el diseño de la nueva Terminal Granelera para responder a las necesidades actuales del mercado, constituyó un *“factor (...) de altísima relevancia por cuanto son éstos quienes terminarán pagando vía tarifas la obra que finalmente se ejecute”*¹².

Vistas las piezas que obran en el expediente y la información aportada durante el trámite de refrendo, este Despacho entiende que si bien el cartel de la licitación contemplaba un diseño que la Administración Concedente consideró técnicamente apropiado y acorde con las necesidades de ese momento, lo cierto es que con el transcurso del tiempo se presentaron situaciones que impidieron el inicio de la construcción de las obras, a la vez que, los usuarios solicitaron a la Administración Concedente el ajuste de las obras propuestas para adaptarlas a las condiciones actuales en cuanto a los tipos de graneles y volúmenes que se importan.

Al respecto, es importante indicar, tal y como expone la Administración, que la nueva alternativa de diseño fue analizada por la comisión nombrada al efecto y aprobada por diferentes instancias de la Administración Concedente, la cual en el ejercicio de su discrecionalidad administrativa considera que la variación en las obras *“se justifica en una mejor satisfacción del interés público servido en el Puerto, para procurar una mejor operatividad y competitividad del Puerto de Caldera que cumpla con las necesidades actuales de la carga”*¹³.

Precisamente en lo que se refiere a los beneficios de orden operativo, técnico y de interés público asociados al nuevo diseño (Plan B), durante el trámite de refrendo se aportó la presentación denominada “Comparación Plan A-B”¹⁴ preparada en el mes de abril del año 2010, en la cual se muestran los resultados de las simulaciones realizadas, observándose una mejora en la productividad –toneladas métricas por día– de frente a los resultados proyectados a partir del diseño original. Asimismo, la Administración Concedente refiere los aspectos relevantes de la comparación operativa entre el diseño original (Plan A) y la propuesta alternativa acordada en la adenda 2 (Plan B), entre ellos los siguientes¹⁵:

¹² Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

¹³ Ibid.

¹⁴ Anexo 2 del oficio PESJU-014-2012 de fecha 17 enero de 2012.

¹⁵ Oficio PESJU-014-2012 del 17 de enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

a) El diseño original solo permite descargar una bodega con tolva y grúa móvil, siendo que opcionalmente la segunda bodega operaría siempre y cuando las grúas del buque alcancen la altura de la tolva. Por su parte, la propuesta alternativa aprobada (Plan B) permite la descarga hasta de cinco bodegas simultáneamente.

b) En el diseño original si bien las harinas pueden ser transportadas mediante bandas, no es recomendable almacenarlas en el tipo de silos propuesto, ni en la bodega de minerales, por razones de contaminación. Por su parte, en el caso de la propuesta alternativa aprobada no hay diferencia en la operación de cualquier tipo de granel.

c) El diseño original permite descargar un máximo de dos tipos de granos o harinas de forma simultánea, o bien un solo tipo de minerales. Por su parte, con el diseño alternativo adoptado no hay restricción para la descarga de distintos productos.

d) El diseño original presenta riesgo de contaminación entre productos en las bandas y/o transportadores, mientras que en el diseño alternativo adoptado ese riesgo de contaminación entre productos es mínimo, ya que los productos son despachados de forma directa al camión.

e) El diseño original presenta una capacidad limitada de almacenaje en silos (hasta unas treinta mil toneladas métricas), lo que preocupa en virtud del arribo al Puerto en la actualidad de buques de hasta cuarenta y dos mil toneladas métricas. Por su parte, en el diseño alternativo aprobado la capacidad de almacenaje es un asunto de cada importador dado que se aplica el despacho directo.

Aunado a lo anterior, la Administración Concedente aporta opinión externada por la firma consultora IMNSA¹⁶ en el cual se indica *“que el Proyecto del Plan B, puede desarrollarse de acuerdo a los pronósticos existentes, sin provocar efectos negativos de carácter económico u operacional y más bien utilizando las fortalezas desarrolladas por el puerto en cuanto a productividades y logística”*.

Asimismo, en cuanto a la atención de la demanda proyectada con el nuevo diseño, la Administración Concedente indica que con el Plan B se pueden *“atender las operaciones de buques graneleros, de conformidad con el nivel de servicio contractualmente previsto y las proyecciones de demanda que a la fecha se tienen para todo el plazo de la concesión”*¹⁷.

Así las cosas, considera este Despacho que lo actuado obedece a una modificación de las características de las obras concesionadas motivada en razones de interés público, lo cual encuentra sustento normativo en lo dispuesto en los artículos 15 y 17 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, aspecto que corre bajo responsabilidad de la Administración Concedente, tal y como lo indica el artículo 8 inciso 3) del Reglamento sobre el Refrendo de las

¹⁶ Oficio 2011-150 de fecha 12 de octubre de 2011, ampliado mediante oficio IM-2012-06 del 12 de enero de 2012, aportados respectivamente mediante los oficios PESJU-404-2011 y PESJU-014-2012.

¹⁷ Anexo 5 del oficio PESJU-014-2012 del 17 enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

Contrataciones de la Administración Pública, al señalar: *“Es entendido que la solución técnica adoptada por la Administración es de su entera discrecionalidad y responsabilidad, por lo que la Contraloría General de la República se limitará a verificar la existencia de los estudios requeridos por el ordenamiento jurídico o de las razones que expliquen su ausencia pero acrediten la necesidad de la contratación...”*

Precio de las obras

De acuerdo con el documento “Informe Final Actualización del Predimensionamiento de las Obras de un Nuevo Muelle en Puerto Caldera” elaborado en julio del 2010, a solicitud del Concesionario, por la empresa consultora Silva Carreño Administración e Ingeniería Limitada y aprobado por la Administración Concedente, el monto de inversión y presupuesto preliminar estimado para la construcción de la nueva Terminal asciende a la suma de USD\$29.634.464,00 (veintinueve millones seiscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro dólares americanos), monto que mediante la adenda ha sido incorporado en la cláusula 3.2 como el precio contractual de las obras a realizar.

Asimismo, de acuerdo con la modificación contractual realizada, dicho monto solo podrá ser afectado por la actualización de precios unitarios por PPI americano a la fecha de entrega de las obras, esto por cuanto el diseño conceptual que arrojó el precio acordado, se elaboró a partir de precios unitarios del mes de junio de 2008¹⁸. Asimismo, se dispone que la actualización por PPI se realizará en dos fases, la primera a la fecha de entrega de las obras de dragado y la segunda a la fecha de entrega de las restantes obras.

Sobre el particular, indica la Administración Concedente que este precio de obra es a riesgo y ventura del concesionario, salvo por la indexación¹⁹. En ese sentido, toma nota este Despacho que la modificación del precio, se produce por causas ajenas a las partes, principalmente como resultado del tiempo transcurrido desde que se licitó la concesión, periodo en el cual se presentaron acciones judiciales que impidieron el inicio de las obras de construcción, a la vez que los usuarios solicitaron un cambio en el diseño del muelle en virtud de los tipos y volúmenes de graneles importados en la actualidad, situación que llevó a la aprobación por parte de la Administración Concedente de una propuesta alternativa de diseño para la Terminal Granelera, con el propósito de ajustar las características de la obra a las necesidades actuales de los usuarios.

Una vez aprobada dicha alternativa de diseño, la misma fue trasladada a la Comisión Técnica de Conciliación como insumo para el proceso conciliatorio, misma que procedió a incorporar el respectivo monto de inversión en el modelo financiero utilizado por las partes como herramienta para verificar el equilibrio económico de la relación contractual. Valga indicar, que se trata de una

¹⁸ Como sustento de esta fecha en oficio PESJU-014-2012, la Administración aclara que *“según oficio No. 09-031 del 21 de Julio de 2009 de la firma consultora IMNSA, que se refiere a la actualización del precio del plan original de la obra, dicha firma actualizó ese precio con valores unitarios de junio de 2008, los cuales a su vez fueron utilizados por la firma Silva Carreño Administración e Ingeniería Ltda. para la definición del presupuesto de la obra del diseño conceptual del plan B que está contenido en la Adenda No.2”*. Asimismo, el citado oficio de la empresa IMNSA se aporta como Anexo 1 del oficio PESJU-014-2012.

¹⁹ Oficio PESJU-014-2012 del 17 enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

obra presupuestada con precios de junio de 2008, que se estima realizar en los años 2012 y 2013. Sobre lo actuado, la Administración Concedente señala que *“el modelo financiero incluye el valor de la obra a precios del 2008, y efectivamente no se realizó un ajuste en el valor de la obra por PPI en el periodo 2009-2013, ya que no tendría un efecto significativo sobre la rentabilidad esperada (menos de 7 puntos base, 0,07%)”*²⁰.

Ahora bien, para efectos de ejecución contractual las partes han acordado incorporar un mecanismo de indexación para reconocer la actualización del precio de las obras, por el índice de PPI, a la fecha de entrega de las mismas. Así las cosas, en vista de lo actuado por la Administración Concedente durante el proceso conciliatorio, lo cual queda librado a su exclusiva responsabilidad, se tiene que la decisión adoptada por las partes en cuanto a la indexación para este caso en concreto, resulta concordante con el principio de intangibilidad patrimonial.

Cabe señalar, que igualmente se entiende que para efectos del cálculo de la respectiva actualización se aplicará el algoritmo descrito en la cláusula 4.7.4 modificada mediante la presente adenda. Asimismo, queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente, establecer de previo a la orden de inicio cuál es el costo presupuestado respectivamente para el dragado y el muelle, de acuerdo con el presupuesto preliminar obtenido a partir del diseño conceptual, según el documento de la Actualización del Predimensionamiento de un Nuevo Muelle en Puerto Caldera, de julio de 2010, elaborado por la empresa consultora Silva Carreño.

Por otra parte, en cuanto a los límites de la indexación que se realice, la Administración Concedente manifiesta que el precio de las obras estará sujeto a la indexación en el entendido que nunca se reconocerá el valor indexado más allá del valor real de la obra, para no generar en modo alguno un enriquecimiento sin causa para el concesionario²¹. Al respecto, señala que cuando el precio real de las obras sea superior al precio de la obra indexado —entiéndase \$29.634.464,00 derivados de la ingeniería conceptual debidamente indexados con el algoritmo de la cláusula 4.7.4—, entonces el reconocimiento al Concesionario tendrá como límite precisamente ese precio indexado. En tanto que si el monto real de las obras es inferior al precio indexado, el reconocimiento al Concesionario tendría su límite en el precio real de las obras. Finalmente, en caso que el precio real de las obras sea inferior a \$29.634.464,00, entonces no será posible conferir reconocimiento alguno por concepto de indexación²².

En este orden de ideas, queda bajo absoluta responsabilidad de la Administración Concedente, que la actualización que llegue a realizarse en este contrato, sea de conformidad con los límites establecidos en la nueva cláusula 3.2 de la presente adenda, según lo explicado en el párrafo anterior.

Por otra parte, no se omite indicar, que este Despacho toma nota que mediante oficio PESJU-529-2010, de fecha 29 de octubre de 2010, el INCOP solicita el aval de la Autoridad Reguladora de los

²⁰ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

²¹ Oficio PESJU-014-2012 del 17 enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

²² Para efectos ilustrativos véanse los ejemplos que constan en la página 4 del oficio PESJU-014-2012 del 17 enero de 2012.

Servicios Públicos (ARESEP) respecto de la modificación en la composición de la obra y el monto presupuestado como resultado del nuevo diseño, en el cual se prescinde de la construcción de los silos y de la instalación de las bandas transportadoras. Esta gestión que fue atendida mediante el oficio 379-RG-2010, del 22 de diciembre de 2010, suscrito por el Regulador General y en la cual se indica que no existe fundamento jurídico, en la normativa legal vigente, para que la ARESEP otorgue el aval a la modificación o ampliación en las obras ni en los servicios contratados y en los que consecuentemente se contraten si no existe un cambio en las tarifas, la estructura tarifaria o los parámetros de calidad aprobados por esta Autoridad. Situación que queda librada a la responsabilidad de la Administración Concedente y de la ARESEP en el marco de sus competencias legales.

Por último, en la cláusula modificada se dispone que en caso de requerirse nuevas obras o modificaciones al diseño conceptual que da origen al presupuesto de obra citado, éstas serán consideradas obras adicionales, por las cuales se compensarán al Concesionario de conformidad con las cláusulas 4.7.3.1 y 4.7.3.2. Lo anterior, queda condicionado a que tales nuevas obras o modificaciones no resulten de errores, imprevisiones y/u omisiones de los diseños que elabore el Concesionario bajo su responsabilidad.

Previsión de terrenos para la expansión futura de la concesión

Debemos advertir que en caso de requerirse una ampliación de la zona de patio de la terminal, con el propósito de mantener los niveles de servicio contractualmente previstos, dicha ampliación no podrá ser consecuencia de errores, omisiones o causa imputables al concesionario, por lo que lo allí señalado, deberá considerarse como una previsión, que en modo alguno obliga a la Administración Concedente.

En caso que se requiera tal ampliación, deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 48 inciso c) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, No. 7762, y requerirá de la autorización de la Contraloría General, en el tanto así lo prevea el ordenamiento jurídico.

6. Diseños de la construcción

En relación con el plazo que tiene la Administración concedente para la aprobación de los planos, se entiende que será de 30 días según lo señalado en la nota PESJU-404-2011. Siendo que en dicha nota no se indicó si se trata de días hábiles o naturales, aplica lo dispuesto en el artículo 256 de la Ley General de Administración Pública, de modo que se entienden naturales.

Queda bajo la responsabilidad de la Administración concedente, la determinación de tal plazo. Además, deberá tomar las medidas necesarias para cumplir su obligación en dentro término establecido, sin detrimento del análisis cuidadoso que debe realizar.

7. Especificaciones del Diseño

Mediante la cláusula quinta de la adenda que modifica la cláusula contractual 3.2.2, se incorporan algunas especificaciones relativas al diseño de las obras, de modo que se establece que los pilotes a utilizar para la subestructura del muelle y duques de alba, serán pilotes de acero marino, que cumpla con la designación ASTM-A-690, protegidos de la corrosión con ánodos galvánicos y encamisados en concreto, en su extremo superior; o equivalentes. Además, se estipula que el diseñador deberá realizar una valoración técnica, debidamente sustentada, que determine si se requiere o no, de una protección de fondo en la cual se considere no solo el comportamiento en condiciones normales del subsuelo, sino también en caso de sismos fuertes y por el efecto de la turbulencia de las propelas de los buques en el suelo arenoso con el objeto de que, en caso de requerirse se incorpore al proyecto la citada protección de fondo del puesto de atraque.

También, se especifica que el atracadero y todos sus accesorios, así como el equipo de manejo de carga deberán ser diseñados para atender buques de 42.000 toneladas de peso muerto, con una eslora de 210 metros y una manga de 32,50 metros (equivalente al buque de diseño), lo que implica una modificación en relación con el contrato original que establecía una eslora de 260 metros.

En cuanto al cambio de longitud de la eslora, la Administración Concedente aclara que el buque de diseño es de 42.000 toneladas y que este se mantiene incólume, ya que la eslora que corresponde para ese tamaño de buque es de 210 metros y no como por error se consignó en el contrato original. Asimismo, manifiesta que ese dato también se corrigió oportunamente en los planos y especificaciones que fueron aprobados para el diseño original²³.

Por su parte, la empresa IMNSA, asesora del INCOP, manifiesta, que en las reuniones de la Comisión del Plan B fue aclarado, entre otros aspectos, el relacionado con las dimensiones del buque de diseño y estima que el contrato original de la Terminal Granelera tiene una incongruencia que fue debidamente identificada por el Concesionario, sus consultores Royal Haskoning y la Administración Concedente, por cuanto una longitud de 260 metros no corresponde a un buque de 42.000 toneladas de peso muerto, sino a un buque de mucho mayor porte que no se espera atraque en este puerto, razón por la cual indica que la longitud de la eslora fue corregida a 210 metros que es la que realmente corresponde²⁴.

Aunado a lo anterior, observa este Despacho que en el documento de la empresa consultora Silva Carreño Administración e Ingeniería Limitada, denominado Informe Final Actualización del Predimensionamiento de un Nuevo Muelle en Puerto Caldera de fecha julio de 2010, visible en el Anexo B de esta adenda, en el punto 2.2.5 Buque de diseño, se indica que las características de peso y longitud para el buque de diseño, corresponden a 210 metros de eslora para un peso de 42.000 toneladas. Asimismo, en el Informe Final Sub-contrato de Planificación, Diseño e Ingeniería del Muelle de la Terminal de Productos a Granel y de toda la Terminal incluyendo carga y contenedores de Puerto Caldera, Costa Rica, elaborado por Royal Haskoning, es posible observar

²³ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

²⁴ Oficio IMNSA 2011-150 de fecha 12 de octubre de 2011, suscrito por Carlos Méndez Navas y Olman Elizondo Morales en condición de Presidente y Coordinador de Proyecto respectivamente.

que esa empresa consideró como barco de diseño uno con un tonelaje de peso muerto (DWT) 42.000 toneladas y una longitud total de 210 metros²⁵.

Vistas las explicaciones dadas por la Administración Concedente, las piezas que obran en el expediente y la información aportada durante el trámite de refrendo, no se encuentra objeción para la modificación realizada, misma que se deja librada a la responsabilidad de la Administración Concedente. Asimismo, quedan bajo su responsabilidad las especificaciones técnicas incorporadas a la cláusula de mérito.

8. Plan de autocontrol

La cláusula sexta de la adenda modifica la respectiva cláusula contractual 3.2.3, referida al plan de autocontrol de calidad de las obras, eliminando lo referente al control de la calidad durante el diseño y fabricación de los equipos.

Sobre el particular, entiende este Despacho que el ajuste efectuado en esta cláusula resulta de la aprobación de la propuesta alternativa de diseño (Plan B) que no contempla la instalación sistemas mecanizados de descarga como las bandas transportadoras, sino que utiliza las grúas de los mismos barcos para efectuar tales labores, razón por la cual no se hace necesaria la verificación del control de calidad durante el diseño y fabricación de tales equipos, aspecto que en todo caso, queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.

9. Obras de dragado

En la cláusula 3.2.4 del contrato original, la Administración Concedente, con la aceptación del Concesionario, dispuso por razones de conveniencia, oportunidad, economía, mérito e interés público, la ampliación en las características de las obras y los servicios contratados, a efecto de que el Concesionario asumiera el dragado de mantenimiento de todas las áreas que le correspondían a la Administración Concedente²⁶. Como contraprestación esa Administración compensaría al Concesionario con la suma de USD\$246.500,00 (doscientos cuarenta y seis mil quinientos dólares americanos) por año, durante el plazo de la concesión. Asimismo, se contempló la obligación del Concesionario de dragar cuando los volúmenes de sedimentación fueran iguales o superiores a 400.000 metros cúbicos.

Sobre el particular, señala la Administración Concedente, que durante el proceso de conciliación de que fue objeto este contrato, las partes acordaron introducir modificaciones contractuales en materia de dragado *"que resultan pertinentes en el marco de la bancabilidad del proyecto"*²⁷.

²⁵ Página 660 del documento mencionado.

²⁶ Canal de acceso y las dársenas de maniobras, así como el área interna adyacente al rompeolas denominada zona 3 en el plano de dragado.

²⁷ Oficio PESJU-293-2011 de fecha 4 de agosto de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

En ese contexto, la Administración Concedente indica que mediante la cláusula séptima de la adenda, se elimina la obligación de esa Administración de realizar el citado aporte y se establecen los diferentes tópicos que rodean una campaña de dragado a efecto de dejar claridad de las variables contempladas y valoradas financieramente, para establecer los valores tope que se tomaron en cuenta para analizar el equilibrio financiero del contrato²⁸.

Asimismo, en respuesta a requerimiento de información adicional, se indica que los valores tope de cada campaña de dragado de mantenimiento, son los contenidos en la citada cláusula séptima, mismos que deben entenderse como *"el máximo valor reconocido por la Administración Concedente para efectos de modelar el impacto de dicho ítem en la ecuación financiera, por lo que las variaciones de precio serán a riesgo y ventura del concesionario, con las excepciones establecidas en las cláusulas 3.2.4 y 4.7.4"*²⁹.

En punto a este aspecto, entiende este Despacho que en condiciones normales de ejecución las variaciones más allá de los valores máximos establecidos corresponden a la esfera de riesgos del Concesionario, de manera que, tal y como señaló la Administración Concedente durante el trámite de refrendo, eventuales reclamos por desequilibrio del contrato tendrían que estar motivados en eventos extraordinarios, atípicos y desproporcionados no imputables al Concesionario y que afecten el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato. En cuyo caso corresponde al Concesionario demostrar que hay fundamento para el reclamo y a la Administración Concedente realizar los análisis pertinentes que lleven al convencimiento que median razones extraordinarias que no pueden ser enmarcadas dentro del riesgo normal que asume un concesionario en este tipo de negocios, y que hagan viable el reclamo, ello de conformidad con lo indicado en los párrafos primero y segundo de la cláusula 4.7.4. No se omite indicar que en cuanto al párrafo tercero de esa misma cláusula deberá estarse a lo indicado en el punto 16 del presente oficio. Todo lo anterior, queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente y sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

Aunado a lo anterior, la cláusula 3.2.4 modificada, dispone que para los efectos de eventuales reclamaciones de reequilibrio contractual en función de dragado, esos valores máximos deben analizarse de manera integral, por lo que no necesariamente una alteración en uno de esos valores sería fundamento para una reclamación, toda vez que el análisis debe hacerse de manera integral, aspecto cuyo cumplimiento igualmente será responsabilidad de la Administración Concedente.

Asimismo, toma en consideración este Despacho que durante el trámite de refrendo, la Administración Concedente aportó información adicional a efecto de acreditar los documentos y estudios en que se sustenta la razonabilidad del volumen, frecuencia y costos sobre dragado incorporados mediante la adenda, los cuales son de exclusiva responsabilidad de esa Administración.

En cuanto al sustento técnico relativo a los valores de frecuencia y volumen del dragado de mantenimiento, se aporta el documento "Estudio de Revisión del Rompeolas y Análisis

²⁸ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

²⁹ Oficio PESJU-014-2012 de fecha 17 de enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

Morfológico de Puerto Caldera”, elaborado por la firma consultora internacional Royal Haskoning en consorcio con la empresa Ballast Ham B.V. (BHD) y presentado al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) en el mes de octubre de 2004³⁰. Dicho estudio comprende entre otros, el análisis y evaluación de alternativas técnicas de reparación y ampliación del rompeolas, considerando los respectivos niveles de sedimentación esperados.

Sobre el particular, la Administración Concedente manifiesta que *“en vista de que la opción cero sería la adoptada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes en el marco de sus competencias, consecuentemente la razonabilidad de los valores de dragado que fueron adoptados para lo relativo a la Adenda No.2 encuentra sustento en los señalados por Royal Haskoning para la citada opción cero”*³¹. Asimismo, apunta que los valores también están respaldados por el estudio denominado “Plan de Rehabilitación de Puerto Caldera” realizado por la Agencia de Cooperación Internacional del Japón (JICA) y la Dirección de Infraestructura, División Marítimo Portuaria del MOPT, en el año 2010³².

En lo relativo a los precios por metro cúbico y demás valores, señala esa Administración Concedente que fueron tomados de tres fuentes³³ a saber: i) diseños consensuados y aprobados del Diseño Original realizado por INCOP, por medio de la empresa consultora IMNSA, y por el Concesionario, por medio de la empresa consultora Royal Haskoning, ii) diseño conceptual, preparado por la firma Silva Carreño Administración e Ingeniería Ltda., el cual fue debidamente analizado y acogido por la “Comisión de Análisis del Plan B” y iii) cotizaciones realizadas en el año 2010 con dragadores internacionales. Al respecto, señala esa Administración que en materia de precios de dragado, se está sujeto a un *“precio de oportunidad, a partir de una serie de factores que lo determinan, como por ejemplo el nivel de trabajo de las dragadoras a nivel mundial, los precios de los combustibles, la disponibilidad dragas cercanas al puerto, entre otros varios. Por lo tanto lo que se pretendió con las cotizaciones fue reflejar la realidad del costo razonable actual del dragado, que coincide con el reflejado en los otros dos documentos citados”*³⁴.

Finalmente, apunta esa Administración Concedente que a partir de las fuentes antes indicadas *“se concluyó que hay razonabilidad en los valores adoptados en la Adenda No. 2”*, aspecto que se deja librado bajo exclusiva responsabilidad de esa Administración, según lo dispone el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública que entre otras cosas, señala: *“Es responsabilidad exclusiva de la Administración constatar la razonabilidad del precio, aspecto que no será abordado en el análisis de legalidad del refrendo, pero estará sujeto a*

³⁰ Aportado como Anexo 6 del oficio PESJU-014-2012 del 17 de enero de 2012.

³¹ En el punto 4.1 del documento Estudio de Revisión del Rompeolas y Análisis Morfológico de Puerto Caldera, se indica que la “opción cero” es la alternativa de no implementar ninguna extensión del rompeolas o espigón retenedor, sino dejar la situación tal como está actualmente, pero construyendo un morro de protección al final del rompeolas actual y dragar cualquier volumen de arena que ingrese al puerto. Asimismo, en este estudio se menciona que para esta alternativa (sin obras civiles) se prevé la realización de dragados de alrededor de 400.000 metros cúbicos con intervalos de cuatro años.

³² Aportado como Anexo 7 del oficio PESJU-014-2012 del 17 de enero de 2012.

³³ Aportadas respectivamente como Anexos 8, 9 y 10 del oficio PESJU-014-2012 del 17 de enero de 2012.

³⁴ Oficio PESJU-014-2012 de fecha 17 de enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

la fiscalización posterior facultativa. Cuando los estudios técnicos incorporados en el expediente señalen la no razonabilidad del precio, deberán acreditarse las razones técnicas y jurídicas que sustenten la decisión de proseguir con la contratación. La procedencia de esas razones forma parte del ámbito de responsabilidad de la Administración y está sujeta a la fiscalización posterior facultativa."

Aunado a lo anterior, de la información que consta en el expediente y de la aportada en el trámite de refrendo, se colige que las modificaciones en el tratamiento financiero de los dragados de mantenimiento son el resultado de los acuerdos a los que llegó la Administración Concedente, en el ejercicio de su discrecionalidad, durante un proceso de conciliación previsto contractualmente, el cual supone una negociación de las posiciones contrapuestas de las partes en busca de una solución que permita alcanzar el objetivo final pretendido con la contratación. Dicha conciliación debe estar orientada a la satisfacción del interés público y encuentra su límite en los artículos 15 y 16 de la Ley General de Administración Pública, asimismo no puede contravenir los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia, entre otros.

En punto a este aspecto, la Administración Concedente realizó una serie de consideraciones sobre el abordaje jurídico que medió en la negociación de los términos de dragado pactados en la adenda, entre ellas las siguientes:

- a) Que las partes concurren a la mesa de conciliación con posiciones claramente contrapuestas acerca de las responsabilidades de cada quien en relación con el dragado y sus consecuencias en el equilibrio económico y financiero del contrato.
- b) Que tal y como es propio de los procesos de conciliación, las partes no han abandonado sus posiciones iniciales, sino que han examinado la posibilidad de llegar a un acuerdo que permita la ejecución contractual.
- c) Que es factible para la Administración Concedente acordar una modificación contractual en el tanto ésta responda a una necesidad efectiva, se sirva el interés público y las medidas no estén destinadas al solo beneficio del contratista, no se violente el principio de licitación y la medida acordada se ajuste a principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- d) Que las modificaciones acordadas no guardan relación con aspectos de la licitación propiamente dicha, es decir, que no se alteran condiciones de riesgo definidas a partir de la presentación de la oferta en el concurso, toda vez que lo que se ha revisado son los términos y condiciones económicas específicas de una negociación sobreviniente a la adjudicación, que se produce en ocasión de la formalización contractual, razón por la cual estiman que lo negociado sobre dragado en la adenda no implica una alteración de la oferta ni del principio de licitación.
- e) Que el tema del dragado es lo suficientemente relevante en términos financieros, como para generar desbalances que impactan en la viabilidad del financiamiento del proyecto, de forma que las condiciones del dragado inciden en la bancabilidad del proyecto.

f) Que la Administración Concedente ha buscado una solución para facilitar la viabilidad de la financiación del proyecto, que sigue siendo una obligación del Concesionario, razón por la cual considera que la modificación realizada no es un cambio contractual para favorecer al Concesionario sino para mejorar las condiciones de estabilidad financiera del proyecto de forma que entidades bancarias puedan hacer un análisis positivo.

g) Que la razonabilidad y proporcionalidad de los valores que redefinen la esfera de riesgos de las campañas de dragado de mantenimiento que cartelariamente correspondían a la Administración, están debidamente ligadas a estudios técnicos previos.

h) Que en caso de no llegar a un acuerdo, se estima que lo que seguiría es una discusión de índole arbitral compleja, y no la ejecución del proyecto, siendo que en el peor escenario que sería la resolución contractual por incumplimientos graves, las tareas del dragado de mantenimiento regresarían a la esfera de responsabilidad directa de la Administración Concedente. Desde esa perspectiva, de frente a las condiciones cartelarias de la licitación, concluye la Administración Concedente que con lo negociado ésta se encuentra en un escenario más favorable en términos de riesgo.

Por otra parte, en lo que se refiere a las obligaciones de dragado de mantenimiento del Concesionario, durante el trámite de refrendo de la adenda, se incorporó al expediente un documento suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP y el Gerente General de la SPGC³⁵, con el cual se complementan los argumentos esbozados con respecto al tema del dragado. En consecuencia, la presente aprobación queda sujeta a las siguientes condiciones:

- 1) El Concesionario está obligado a dragar, entre el año 2010 y el año 2026, hasta un máximo de 1.600.000 metros cúbicos, es decir, 400.000 metros cúbicos en cada una de las cuatro campañas, obligación que representa 100.000 metros cúbicos por año.
- 2) En caso de reclamos por dragados de mantenimiento extraordinarios, producto de tasas de sedimentación extraordinarias, una vez determinada su procedencia, en los términos de la cláusula 4.7.4 párrafos segundo y tercero, se descontarán los metros cúbicos que hagan parte de la obligación ordinaria del Concesionario, aspecto cuyo cumplimiento es de exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.
- 3) Si eventualmente al término de la concesión, no se hubiesen consumido la totalidad de los metros cúbicos de obligación del Concesionario y el muelle fuere a ser entregado, el Concesionario compensará económicamente al Gobierno por el saldo de dragado pendiente de realizar, equivalente hasta 100.000 metros cúbicos por año, a los valores reales de la última campaña de dragado de mantenimiento realizada, aspecto cuyo cumplimiento también se deja bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.

Finalmente, siendo que los parámetros de frecuencia y volumen pactados en la adenda, han sido sustentados por la Administración Concedente, en la elección de la alternativa cero para la

³⁵ Oficio PESJU-070-2012 de fecha 21 de enero de 2012.

reconstrucción del rompeolas y dado que del estudio aportado al respecto, se desprende que existen otras alternativas técnicas para la reconstrucción y ampliación del rompeolas en longitudes de 150 y 250 metros adicionales, cuya implementación contribuiría a disminuir la sedimentación en este puerto, la presente aprobación se condiciona a que en caso de que el MOPT llegue en el futuro a realizar inversiones adicionales en el rompeolas, más allá de las obligaciones asumidas en el contrato y sus adendas, que conlleven a una reducción sustancial en la sedimentación estimada de 100.000 metros cúbicos anuales, las partes deberán revisar el impacto de tal situación en el equilibrio económico del contrato y tomar las decisiones que resulten pertinentes, lo que se deja aquí expresamente advertido.

10. Rompeolas

La cláusula 3.2.5 del contrato original, es modificada por la cláusula octava de la adenda, según la cual la Administración Concedente deberá haber emitido la orden de inicio de la obra, en un plazo no superior a los siguientes nueve meses una vez iniciada la explotación de la Terminal.

Al respecto, la Administración concedente señaló en su oficio PESJU-404-2011:

“En primer término debe indicarse que la modificación propuesta no pretende la prescindencia de la obras, sino simplemente ampliar el plazo en el que se debe ejecutar, de manera que el Gobierno de la República pueda asegurar las fondos requeridos, dado que la obra es onerosa (...).”

En razón de lo anterior, la Administración deberá realizar oportunamente las acciones y previsiones presupuestarias para atender esta obligación, lo cual se deja expresamente advertido.

En relación con este mismo tema, es importante hacer ver que esta obligación también se encuentra regulada en la cláusula 2.2 del “Contrato de Concesión de Gestión de Servicios Públicos de la Terminal de Puerto Caldera”.

Debido a que el citado “Contrato de Concesión de Gestión de Servicios Públicos de la Terminal de Puerto Caldera” se regula un plazo diferente, se hace necesario que la Administración concedente suscriba una adenda, de modo que en ambos contratos se regule un mismo plazo.

En relación con la modificación contractual, la Administración concedente señaló en el oficio No. PESJU-404-2011:

“Efectivamente es necesario proceder a adendar el Contrato de Concesión de gestión de Servicios Públicos de la Terminal de Puerto Caldera.”

Además, no debe perderse de vista, tal y como se dijo en los oficios No. 4332 (DCA-733) del 27 de marzo y 4972 (DCA-894) del 7 de abril, ambos del 2006 “El proyecto de modernización de Puerto Caldera fue concebido desde su origen como un proyecto unitario (integral), compuesto por diferentes procesos licitatorios que respondían a cada uno de los servicios portuarios que debían

de brindarse a través de distintos actores, ello en busca de mejorar los servicios públicos que ahí se prestarían."

De esta forma, es responsabilidad de la Administración concedente tomar las previsiones técnicas y legales necesarias, para que dicha modificación se encuentre lista previo al inicio de la construcción de la terminal.

En cuanto al momento en que deben realizarse las obras, la cláusula 3.2.5 del contrato original, dispone que la finalización de la reconstrucción total del rompeolas, no debe extenderse más allá del periodo de construcción de la nueva terminal, obra cuya ejecución es una obligación de la Administración Concedente. Sin embargo, mediante la mencionada cláusula octava de la adenda, se establece que la orden de inicio para la reconstrucción del rompeolas deberá emitirse en un plazo no superior a los nueve meses una vez iniciada la explotación de la Terminal Granelera.

En cuanto a la reprogramación de esta obligación de la Administración Concedente, la misma indica que ésta se encuentra motivada en razones de oportunidad en términos financieros y de tramitología, sin que existan variaciones de naturaleza técnica y mucho menos se pretenda prescindir de la obra³⁶. Asimismo, manifiesta que se está frente a una obra onerosa –estimada en 8 millones de dólares americanos–, de forma tal que la ampliación del plazo lo que pretende es que el Gobierno de la República pueda asegurar los recursos necesarios para su ejecución. En punto a este aspecto, durante el trámite de refrendo, se aportó oficio suscrito por el señor Ministro de Obras Públicas y Transportes, Francisco Jiménez Reyes, dirigida al señor Ministro de Hacienda, Fernando Herrero Acosta, en la cual se solicita el financiamiento de 7.5 millones de dólares americanos para la atención de esta obra que forma parte de la acción estratégica de modernización de Puerto Caldera y a la vez constituye una obligación del INCOP y del MOPT en su condición de Administración Concedente, en los contratos de concesión de servicios públicos de la Terminal de Puerto Caldera y de obra pública con servicios públicos para la construcción y operación de la Terminal Granelera de ese mismo puerto. Asimismo, en este oficio se indica que para facilitar la obtención de estos recursos extraordinarios y su ejecución presupuestaria, el MOPT ha programado el desarrollo de estas obras en tres periodos presupuestarios³⁷.

Por otra parte, reconoce la Administración Concedente que el atraso en la reparación del rompeolas tiene efectos en el arrastre de sedimentos lo que impacta el volumen y frecuencia de los dragados de mantenimiento de Puerto Caldera, asimismo permite niveles de agitación superiores en la dársena y pantalla de atraque. No obstante, *"subraya que el riesgo asumido no es producto de una elección en términos técnicos sino de la realidad de las posibilidades financieras del Gobierno de la República"*³⁸.

En atención de lo expuesto, siendo que la reconstrucción del rompeolas es una obligación que la Administración Concedente asumió de acuerdo con los términos de esta licitación, queda bajo su exclusiva responsabilidad la decisión de postergar su ejecución, así como las consecuencias que se

³⁶ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCO

³⁷ Oficio DMOPT-5999-11 de fecha 21 de setiembre de 2011.

³⁸ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

deriven de la entrada en operación de la nueva Terminal Granelera sin contar aún con esa obra realizada.

11. Rendimiento sistema de descarga

En la cláusula novena de la adenda se elimina la productividad mínima nominal de los equipos de descarga para graneles y fertilizantes, establecida en 800 toneladas por hora por buque atracado y operable por clima, de conformidad con la respectiva cláusula contractual 3.2.6, relativa al rendimiento del sistema de descarga.

Por otra parte, se estipula también que, una vez que se inicie el periodo de explotación de la nueva Terminal Granelera, la productividad portuaria efectiva para cereales se mantendrá en 600 toneladas por hora por buque atracado y operable por clima, en tanto que se incorpora el parámetro de 500 toneladas por hora en esas mismas condiciones, como la productividad portuaria efectiva para la descarga de los fertilizantes.

Sobre las modificaciones realizadas la Administración Concedente indica que la productividad mínima nominal de los equipos se elimina en virtud que el nuevo proyecto no incorpora sistemas mecanizados de descarga, sino que utiliza las grúas de los mismos barcos para efectuar tales labores, razón por la cual no se puede utilizar el concepto de productividad nominal de los equipos. Asimismo, explica que el contrato original no define la productividad portuaria efectiva para los fertilizantes, sin embargo, dadas las características de este producto, los volúmenes transportados y las características de los buques, se considera que no es factible alcanzar eficiencias similares a las de los buques de granos, por lo que se optó por definir una productividad portuaria efectiva para los fertilizantes específica de 500 toneladas métricas por hora para este tipo de granel³⁹.

Aunado a lo anterior y en lo que a los fertilizantes se refiere, la cláusula modificada remite al Anexo D de la adenda, que consiste en documento suscrito por el Gerente General de la SPGC y el Sub Gerente del INCOP en el cual se explica que el nuevo diseño de la terminal ya no contempla equipos especializados para la descarga de productos en puerto, tales como bandas transportadoras, bodegas para fertilizantes y silos, de forma tal que el sistema de descarga en el nuevo muelle será el mismo que hoy día se usa en Puerto Caldera. Así las cosas, se utiliza el comportamiento histórico de la descarga de fertilizantes, para establecer el respectivo rendimiento de estos productos.

De conformidad con lo expuesto, queda bajo la responsabilidad de la Administración Concedente la fijación del rendimiento de 500 toneladas/hora para los fertilizantes de conformidad con las razones expuestas en el supracitado Anexo D de la adenda. Asimismo, en virtud de las aclaraciones aportadas durante el trámite de refrendo, la presente aprobación se condiciona a que la productividad portuaria efectiva establecida de 600 toneladas/hora por buque atracado y operable por clima, sea aplicable a todo tipo de graneles y no sólo para cereales como se indica en el párrafo segundo la cláusula 3.2.6 modificada, lo anterior con la excepción de lo indicado en el párrafo

³⁹ Ibid.

tercero de esa cláusula, en tanto que para el caso de los fertilizantes la citada productividad será de 500 toneladas por hora por buque atracado y operable por clima.

12. Plazo para la construcción total de la obra

La cláusula décima de la adenda, modifica la cláusula 3.3.4 del contrato, de forma tal que el plazo para la construcción total de la obra pasa de 36 meses a 24 meses. En cuanto a la reducción de ese plazo, la Administración Concedente señala que éste resulta inferior a lo previsto originalmente, *"dado que el nuevo muelle no incluye elementos mecánicos de descarga lo que simplifica el proceso constructivo, por lo que se le pidió al Concesionario una reducción en este plazo en aras de satisfacer el interés público a la mayor brevedad"*⁴⁰.

En cuanto a la razonabilidad de este plazo, la Administración Concedente aporta oficio de la empresa consultora Royal Haskoning mediante la cual se emite criterio técnico que indica que, revisado el diseño conceptual preparado por la firma Silva Carreño Administración e Ingeniería Ltda., considera que el estimado de tiempo de construcción de 24 meses para esta alternativa, hasta donde se puede analizar con la información disponible a la fecha, es perfectamente razonable⁴¹.

De conformidad con lo expuesto, queda bajo la responsabilidad de la Administración Concedente la razonabilidad del plazo total propuesto para la construcción total de las obras.

13. Arbitraje

En la cláusula 3.3.6, modificada por la cláusula décima segunda de la adenda, se establece la posibilidad al concesionario de acudir a la vía arbitral. Se advierte, que con base en el artículo 5 inciso 4 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, la participación de la Administración Concedente, deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.

14. Fideicomiso de garantía

Mediante la cláusula décimo cuarta de la adenda se adiciona la cláusula 4.3 del contrato relativa a las garantías que puede ofrecer el Concesionario, a efecto de autorizarlo a constituir un Fideicomiso de Garantía hasta por el cien por ciento de la titularidad de las acciones que componen el capital social del concesionario, las cuales serán transferidas en propiedad fiduciaria como parte de las garantías a otorgar para el financiamiento del proyecto.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Nota 9W4947.21/L004/JWJ/Nijm de fecha 12 de enero de 2012, suscrita por Jan-Willem Jongbloed, aportada como Anexo 11 del oficio PESJU-014-2012.

Al respecto, la Administración Concedente indica que la incorporación del Fideicomiso de Garantía obedece a razones de bancabilidad⁴² y en respuesta a solicitud de información planteada por este órgano contralor, manifiesta que *“El fideicomiso de Garantía satisface el interés público primeramente porque constituye un instrumento que da garantía a los entes financieros para que financien obras de infraestructura, y que en caso de incumplimiento del deudor/ concesionario se cuenta con un mecanismo para que un tercero adquiera las acciones, siempre y cuando cumpla al menos, las mismas condiciones exigidas en el Cartel de la Licitación para ser adjudicatario, y no se vea perjudicado el servicio público que se brinda en el Puerto de Caldera al mantenerse los niveles de servicio y al tener que ejecutarse otro proceso de licitación con todos atrasos que esto conlleva”*⁴³.

Aunado a lo anterior, la Administración Concedente también valora la incorporación de esta figura desde la óptica del interés público y al respecto señala que *“debe de observarse [sic] que las reglas de fideicomiso que se introducen, proveen un mecanismo de administración temporal de la Concesión en manos del Fiduciario en Garantía o quien este contrate para tales efectos, por un plazo de hasta seis meses en caso de que llegue a haber un incumplimiento. La idea primordial detrás de esta administración temporal es que el Servicio Público de carga y descarga de graneles no sufra una interrupción ya que ello tendría consecuencias nefastas para el país y en especial para los consumidores de los productos directos y derivados de dichos graneles”*⁴⁴.

Adicionalmente, señala que el fideicomiso es *“el medio para poder ejecutar una serie de transacciones que la sociedad actual requiere, pudiendo transferir bienes dentro de ese contexto, creando una propiedad en fideicomiso, que se mantiene exclusivamente para los propósitos que el propio contrato determine. / Esto es lo que comúnmente se conoce como “Propiedad Fiduciaria”, término que es vital para entender que aún cuando se ha realizado un traspaso de las acciones a un Banco, este traspaso no es en propiedad común o dominio, sino en propiedad fiduciaria, es decir que dicha propiedad se encuentra estrictamente regulada por las instrucciones, condiciones y términos expresamente establecidos en el Contrato de Fideicomiso”*⁴⁵.

Sobre el particular, esta Contraloría General ya ha señalado que encuentra jurídicamente factible la creación de este tipo de fideicomisos de garantía, en la medida en que su sola existencia no supone el traspaso de la titularidad de las acciones, de manera que en el momento que ese traspaso se pretenda materializar, el mismo deberá efectuarse en estricto apego a lo dispuesto a los efectos en el propio contrato y en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos y en su Reglamento, sin perjuicio de la aplicación supletoria, cuando corresponda, de la Ley de Contratación Administrativa.

En virtud de lo expuesto, este Despacho no encuentra objeción a la incorporación de la figura de Fideicomiso de Garantía, la cual queda sujeta a los condicionamientos que de seguido se indican.

⁴² Oficio PESJU-293-2011 del 4 de agosto de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

⁴³ Oficio PESJU-404-2011 del 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

Deberá entenderse que la Administración Temporal a la que se refiere el numeral C de esta cláusula, no releva al Concesionario de su responsabilidad de frente a la Administración Concedente, pues en el momento de implementar esa administración temporal no ha operado la cesión de los derechos y obligaciones del contratista, según lo expuesto en el párrafo anterior.

En cuanto al tercero propuesto por el fiduciario para la Administración Temporal, será responsabilidad de la Administración Concedente verificar que se conservan las condiciones técnicas requeridas para el Concesionario.

Siempre en relación con la Administración Temporal, el numeral C de la cláusula 4.3 dispone *“Que una vez activado el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía, la Administración Temporal será asumida por el fiduciario a través de un tercero, hasta que se vendan las acciones en propiedad fiduciaria o se extinga la concesión”*. Al respecto, entiende este Despacho que, en concordancia con la modificación realizada a la cláusula 5.8 del contrato, lo antes transcrito corresponde al escenario en que la extinción obedezca a razones imputables al Concesionario. Ahora bien, tal y como determina el numeral B de la cláusula 4.3, es necesario que el contrato de fideicomiso que se suscriba igualmente regule el procedimiento de ejecución de la propiedad fideicometida en los casos de extinción por medidas adoptadas por el Estado o por eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

Será responsabilidad de la Administración Concedente tomar las decisiones, implementar las medidas y realizar los análisis necesarios para vigilar que el esquema de fideicomiso que pueda llegar a constituir el Concesionario, se apegue estrictamente al contrato de concesión y al bloque de legalidad, aspectos que quedan sujetos a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General.

15. Participación económica

Mediante la cláusula décimo quinta de la adenda se modifica el nombre de la cláusula 4.7.2.6 que en adelante se denomina “Participación Económica” y no “Contrapartida Temporal para el Concesionario”.

Al respecto, cabe señalar que el contrato original dispone que mientras inicia la operación de la nueva Terminal Granelera, la Administración Concedente le otorga al Concesionario, como una contrapartida, la facultad de brindar el servicio de carga y descarga de graneles en las facilidades portuarias existentes, estableciendo las respectivas participaciones económicas a cargo del concesionario de la terminal de carga general y del concesionario de la terminal de graneles, regulación que se mantiene vigente. Ahora bien, mediante la adenda en estudio las partes acuerdan que una vez que se haya puesto en operación la nueva Terminal Granelera, se autoriza al Concesionario de la terminal de graneles para que en los períodos de no ocupación del nuevo muelle granelero, permita al Concesionario de carga general y contenedores el uso del muelle para que éste haga operaciones en él, para lo cual se define la correspondiente contraprestación económica.

En cuanto a las razones que motivan esta modificación, Administración Concedente en respuesta a requerimiento de información señala lo siguiente⁴⁶:

- a) Que el fundamento legal para la modificación es la satisfacción del interés público, para dar un mejor servicio a los usuarios del puerto siendo más eficientes en la operación del Puerto de Caldera, al maximizar la utilización de la infraestructura portuaria, permitiendo con ello que los puestos de atraque atiendan mejor a los buques que requieran atracar en un muelle o en el otro.
- b) Que la infraestructura es pública, es del Estado, el cual debe utilizarla de la manera más eficiente.
- c) Que se trata de la facultad de un Concesionario de utilizar las instalaciones del otro Concesionario mediante el pago de una contraprestación de un 40% de la tarifa que para cada caso está establecida.
- d) Que para tales efectos y en el mismo sentido, se realizará la modificación respectiva en el contrato de concesión de gestión de servicios.
- e) Que el propósito de las modificaciones contractuales no ha sido en ningún momento equiparar y mezclar los contratos de concesión. Sin embargo, como consecuencia del ajuste del diseño del muelle para adaptarlo a las necesidades demostradas de operación, según fueron analizadas por la Comisión del “Plan B”, se ha determinado que es posible que en situaciones excepcionales, se utilice la infraestructura existente para atender embarcaciones que de lo contrario tendrían que esperar.

En atención de lo expuesto, considera este Despacho que lo actuado obedece a una modificación de las características de las obras concesionadas motivada en razones de interés público, lo que encuentra sustento jurídico en los artículos 15 y 17 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, todo lo cual corre bajo responsabilidad de la Administración.

No obstante, la presente aprobación queda condicionada a que el uso del muelle granelero por parte del Concesionario de carga general, no se haga en detrimento del servicio objeto del contrato, de forma tal que no haya una afectación del servicio para los usuarios de la terminal granelera, aspecto cuya verificación será responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente.

En otro orden de ideas, debe tomarse en consideración que, de acuerdo con lo manifestado en el punto 19 del presente oficio, las partes han acreditado que el equilibrio financiero del contrato no se ha visto alterado a la fecha de suscripción de esta adenda. Así las cosas, en caso de una eventual solicitud de reequilibrio financiero que el Concesionario plantee amparado a lo dispuesto en el

⁴⁶ Ibid.

párrafo segundo de la cláusula 4.7.2.6 modificada⁴⁷, la Administración Concedente deberá tomar en cuenta que al momento de la suscripción de la presente adenda, el contrato se encontraba equilibrado sin tomar en cuenta ingreso alguno por el diferencial que se genera entre las tarifas vigentes del INCOP y las cotizadas por el concesionario durante el periodo de contraprestación, aspecto que se deja librado a la responsabilidad de la Administración Concedente.

Además, en esta cláusula se establece una obligación para el concesionario de la terminal general. Sobre el particular, la Administración Concedente indicó en el oficio No. PESJU-404-2011:

“En los próximos días se estará remitiendo a ese órgano contralor un Addendum al Contrato de Concesión de gestión de Servicios Públicos de la Terminal de Puerto Caldera debidamente consensuado, mediante el cual se modifica la cláusula 4.3 de dicho contrato para que refleje las autorizaciones y las contraprestaciones acordadas en el Addendum al contrato de Concesión de la Terminal Granelera”

Tal y como se señaló para el rompeolas, será responsabilidad de la Administración concedente tomar las previsiones técnicas y legales necesarias para que dicha modificación se encuentre lista previo al inicio de la construcción de la terminal.

16. Reajuste del equilibrio financiero del contrato

En el párrafo tercero de la cláusula 4.7.4 del contrato se dispone que la Administración Concedente analizará la procedencia de los eventuales ajustes que se requieran, en virtud del tiempo transcurrido desde la presentación de la oferta hasta la finalización de la construcción de la obra, para mantener el equilibrio económico financiero del contrato, en función de variaciones en los elementos de costo del proyecto por aumentos impredecibles, que no sean compensadas totalmente por el algoritmo previsto en el contrato relativo al índice del PPI.

Al respecto, señala la Administración Concedente que “*el contrato no explicita el algoritmo para el ajuste por PPI por costo ofertado*”, razón por la cual mediante la cláusula décimo sexta de la adenda se procede a su incorporación.

Sobre el particular, no encuentra este Despacho objeción respecto de la modificación realizada. Sin embargo, resulta pertinente recordar que en lo que se refiere al equilibrio económico de las obras a

⁴⁷ Que dispone “Las tarifas que aplicará inicialmente el Concesionario por la explotación de las facilidades portuarias existentes, serán las tarifas vigentes al INCOP para estos servicios a la fecha de inicio de la concesión. Una vez autorizada la puesta en servicio de las obras de construcción que componen la nueva Terminal Granelera, el Concesionario podrá cobrar las tarifas autorizadas para cada uno de los servicios de esta Concesión establecidas en este contrato. El Concesionario tendrá derecho, previa demostración ante la Autoridad Concedente, a que se le reajuste el desequilibrio financiero que se le cause por la diferencia entre las tarifas que aplicará durante el periodo de la contraprestación y las tarifas que, para los mismos servicios, estaban establecidas en el Cartel de Licitación y consideradas en su oferta, de conformidad con la cláusula 4.7.4 sobre reajuste del equilibrio financiero de este Contrato”.

realizar regulado en la cláusula 4.7.4, durante el trámite de refrendo del contrato original este órgano contralor conoció el oficio PESJ119-06 de fecha 6 de abril de 2006, suscrito por el entonces Presidente Ejecutivo del INCOP, del cual se desprende que el párrafo tercero de la cláusula 4.7.4 *"aplica cuando la Administración le solicita al Concesionario obras adicionales a las establecidas y bajo criterios técnicos justificados"*, tal y como se indica en los puntos II y IV del oficio 4972 del 7 de abril de 2006, mediante el cual se otorgó el refrendo al contrato principal. Condición que se mantiene vigente para efectos del refrendo de la presente adenda.

17. Sanciones Dragado

La cláusula décima octava de la adenda, incluye una nueva cláusula 4.11.7, para regular las sanciones pecuniarias en las obras de dragado. Sobre el particular, queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración concedente la razonabilidad de los montos allí indicados.

18. Extinción anticipada

De conformidad con el artículo 63 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, cuando procedan indemnizaciones, sólo se tomarán en cuenta los gastos efectivamente realizados, una utilidad hasta del cincuenta por ciento (50%) del lucro cesante, así como el estado actual de los bienes y las pérdidas que puedan haberse ocasionado.

Al respecto, señala la Administración Concedente que *"la modificación de las cláusulas de extinción anticipada del contrato de concesión corresponde a la necesidad del concesionario de contar en el contrato con una estructura satisfactoria para las instituciones financieras, por medio de la cual, se especifique claramente los derechos de los prestamistas en caso de terminación o extinción anticipada del contrato"*⁴⁸.

Así las cosas, se tiene que las cláusulas 5.7 y 5.8 del contrato regulan respectivamente los efectos de la extinción por causas ajenas al Concesionario y por incumplimiento del Concesionario. Sin embargo, el contrato original no contenía una cláusula relativa a los efectos de la extinción del contrato por eventos de fuerza mayor o caso fortuito, lo que ahora se regula en cláusula vigésimo segunda de la adenda, que incorpora la cláusula 5.10 con las disposiciones aplicables en tal caso.

Aunado a lo anterior, mediante las cláusulas vigésima, vigésima primera, vigésima segunda de la adenda, se incorpora para todas las causales de extinción anticipada del contrato, regulación en el sentido de que en el cálculo de la indemnización se excluirán las inversiones que no hubiesen estado originalmente contempladas en el contrato y que no hayan sido expresamente autorizadas por la Administración Concedente.

En cuanto a los efectos de la extinción anticipada por incumplimiento del Concesionario, se modifica la cláusula 5.8 del contrato mediante la cláusula vigésimo primera de la adenda,

⁴⁸ Oficio PESJU-404-2011 de fecha 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

disponiendo para esta causal la aplicación del procedimiento de ejecución del Fideicomiso de Garantía, que fue incorporado a la cláusula 4.3 del contrato.

En cuanto a los efectos de la extinción por causas ajenas al concesionario (cláusula 5.7 del contrato) y eventos de fuerza mayor o caso fortuito (cláusula 5.10 del contrato), mediante las cláusulas vigésima y vigésima segunda de la adenda, las partes acuerdan que en caso de indemnización por esta causal se podrán reconocer costos eventuales asociados a la terminación del contrato, los cuales deben ser debidamente justificados ante la Administración Concedente. Sobre el particular, la presente aprobación se otorga en el entendido que los eventuales costos que se lleguen a reconocer no deben estar contemplados en los costos y gastos efectivamente realizados y no amortizados que se liquidan, deben surgir como consecuencia de la extinción y no corresponder a la esfera de riesgos que asume el Concesionario, aspecto que se deja bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.

Por otra parte, en cuanto a la frase “salvo pacto en contrario” contenida en la cláusula 5.7, se entiende que las partes podrían acordar una reducción en el alcance de la respectiva indemnización pero no incrementarla más allá de los extremos regulados en dicha cláusula, aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente.

Mediante las supracitadas cláusulas de la adenda, la Administración Concedente también pretende introducir una precisión respecto del concepto “costos y gastos efectivamente realizados y no amortizados” indicando que éste comprende el monto del préstamo principal, la deuda subordinada y el capital aportado por los socios, este último rubro se excluye en el caso de la extinción por incumplimiento del Concesionario. Al respecto, en respuesta a requerimiento de información, la Administración Concedente aclara que *“En este contexto el concepto de “inversiones realizadas y no amortizadas” que resulta típico en los contratos de concesión, no es que haya sido equiparado o expresado en términos de “monto del préstamo principal”, “deuda subordinada” y “capital aportado por los socios”, sino que se ha pretendido aclarar que dentro del criterio de inversiones realizadas y no amortizadas se encuentra el monto del crédito principal, la deuda subordinada y el capital aportado por los socios”*⁴⁹.

En punto a este aspecto, considera este Despacho que si bien las inversiones realizadas por el Concesionario al amparo de sus obligaciones en el contrato de concesión, están asociadas a fuentes de financiamiento, como lo son el préstamo principal, la deuda subordinada y el capital aportado por los socios, lo cierto es que para efectos de extinción y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, lo que procede no es la determinación del saldo o monto asociado de cada una de esas fuentes de financiamiento, sino la determinación de acuerdo con las reglas contractuales, de los costos y gastos efectivamente realizados y no amortizados en función de las inversiones originalmente contempladas en el contrato o que hayan sido expresamente autorizadas por la Administración Concedente durante su ejecución. Por lo tanto, deberá la Administración Concedente determinar, para todo el plazo de la concesión, cuál es la porción de las tarifas cobradas destinada a la amortización de las inversiones,

⁴⁹ Oficio PESJU-014-2012 de fecha 17 de enero de 2012, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

así como implementar los procedimientos, herramientas y controles necesarios que le permitan contar con información respecto del saldo no amortizado de las inversiones realizadas.

Aunado a lo anterior, durante el trámite de refrendo de la adenda, se incorporó al expediente un documento suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP y el Gerente General de la SPGC⁵⁰, relativo a las reglas contractuales que delimitan el alcance de los costos y gastos realizados que podrían ser reconocidos en una eventual terminación anticipada del contrato. Sobre el particular, la presente aprobación queda condicionada a que el valor de la obra dispuesto en la cláusula 3.2 modificada, debidamente actualizado por el índice de PPI, constituirá el monto máximo a reconocer para efectos del cálculo de los costos y gastos efectivamente realizados indicados en las cláusulas de terminación anticipada del contrato, salvo que el precio real de las obras sea inferior al precio indexado en cuyo caso se tendrá como tope el precio real de las obras, aspecto cuyo cumplimiento es de exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.

19. Modelo financiero.

Como se indicó en el punto denominado Antecedentes del presente oficio, la Administración Concedente aceptó la solicitud del Concesionario, de conformidad con la cláusula 7.1 del contrato⁵¹, respecto de la integración de la Comisión Técnica de Conciliación a efecto de resolver la controversia sobre reequilibrio financiero del contrato⁵².

Al respecto, según se desprende del expediente, como parte del proceso de conciliación las partes acordaron actualizar el modelo financiero presentado originalmente, lo que implicó la revisión de diversos rubros contenidos en ese modelo, asimismo, una vez aprobada por la Administración Concedente la propuesta alternativa de diseño (Plan B), ésta fue trasladada a la Comisión Técnica de Conciliación para su consideración como parte del marco integral sobre el que debía versar la discusión en materia de desequilibrio contractual alegado por el Concesionario.

⁵⁰ Oficio PESJU-070-2012 de fecha 21 de enero de 2012.

⁵¹ En lo conducente la cláusula 7.1 Comisión Técnica de Conciliación dispone “Se constituirá una Comisión Técnica de Conciliación para resolver controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución de este Contrato y de los derechos, obligaciones, y responsabilidades derivados del mismo./El procedimiento de Conciliación se llevará a cabo de conformidad con lo establecido en esta cláusula y en Ley sobre la Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social No. 7727./La Comisión estará integrada por un profesional designado por el INCOP, un profesional designado por el Concesionario y un profesional nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá./La Comisión se establecerá a solicitud de una de las partes, la cual designará al miembro correspondiente al hacer dicha solicitud.(...)/La Comisión se reunirá cuantas veces considere necesarias con el fin de adquirir la información pertinente acerca del asunto en cuestión, discutir el problema e intentar resolver la disputa amigablemente sin la necesidad de un procedimiento formal. El formato específico de las discusiones será dejado al criterio de los miembros de la Comisión.(...)/El proceso formal de arbitraje para la resolución de una disputa no podrán iniciarse sino hasta que: i) la Comisión concluya de buena fe que no es probable que ocurra una resolución amigable a través de la continuación de discusiones informales sobre el asunto; o ii) treinta días después de emitirse la solicitud inicial de convocar la Comisión.

⁵² Acuerdo 4 de la sesión 3610 de la Junta Directiva del INCOP, celebrada el 5 de enero de 2010.

Los acuerdos finales de la Comisión de Conciliación, plasmados en la respectiva Acta Final, fueron aprobados por la Junta Directiva del INCOP⁵³ y consignados en la adenda N° 2 al contrato, la cual es suscrita también por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes⁵⁴.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del modelo financiero, durante el trámite de refrendo la Administración Concedente aclaró que el modelo financiero es un documento de oferta y que para las partes tiene una naturaleza exclusivamente referencial. De forma tal que el mismo fue utilizado *“como una herramienta de análisis para definir si las modificaciones supra citadas generaban un cambio en la estructura financiera del proyecto, (...), siendo que durante el curso de la concesión el MF tendría el carácter de herramienta que permite a la administración hacer un seguimiento meramente referencial de los aconteceres de la misma, no pretendiendo de ninguna manera que dicho modelo suplante el régimen de riesgo establecido en el contrato de concesión según el apartado 4.6 y 4.7.4”*.

Así las cosas, se tiene que el modelo financiero constituyó una herramienta utilizada por la Comisión Técnica de Conciliación para examinar la realidad financiera del proyecto, a efecto de determinar cuál es el impacto en la rentabilidad del Concesionario producto de las modificaciones acordadas por las partes en virtud del tiempo transcurrido y de los nuevos requerimientos de los usuarios⁵⁵.

En punto a este aspecto, la Administración Concedente señala que *“Después de actualizar el modelo financiero, reflejando las condiciones actuales (de mercado, de la obra a ser construida, de la operación, de los resultados históricos de la concesión, etc.) se concluye que la rentabilidad esperada del concesionario hoy en día es similar a la contemplada en el modelo financiero de oferta. Es decir, de aprobarse la construcción del llamado “Plan B” no existirían traslados de*

⁵³ Acuerdo 3 de la sesión 3683 de la Junta Directiva del INCOP, celebrada el 21 de diciembre de 2010, modificado parcialmente mediante acuerdo 4 tomado por esa misma Junta Directiva en la sesión 3701 de fecha 14 de abril de 2011.

⁵⁴ Mediante el acuerdo 4 de la Junta Directiva del INCOP, tomado en la sesión 3701, celebrada el 14 de abril de 2011, se comisionó al Presidencia Ejecutiva de ese Instituto remitir al MOPT el borrador de la adenda para su debida revisión y aprobación. Al respecto, en el oficio PESJU-404-2011 se indica que *“el adendum se remitió al MOPT mediante oficio PESJU-122-2011, el Director Marítimo Portuario Ing. José Chacón Laurito mediante oficio DMP-DG-223-2011, indica al Ministro que se han incorporado los aspectos requeridos por lo que posteriormente el Ministro convoca a las partes a formalizar el adendum.*

⁵⁵ A mayor abundamiento en el oficio PESJU-404-2011 se indica *“En virtud de los atrasos ocasionados por la interposición de recursos de amparo y la acción de inconstitucionalidad instaurada contra la construcción de la Terminal Granelera, la modificación en los costos del proyecto, y el momento previsto para la construcción, el mismo sufrió afectaciones importantes, ya que la concesión como tal inició su operación a partir del 11 de agosto de 2006, por lo que se vio la Comisión en la necesidad de contar con una herramienta que referenciara adecuadamente el modelo de operación. En este contexto la administración de INCOP recurrió al modelo financiero de la oferta el que a su vez respeta el modelo financiero del cartel manteniendo la metodología general de cálculo empleada en dicho instrumento de análisis financiero partiendo de proyecciones de la carga, la aplicación de tarifas, la determinación de ingresos, la inversión a realizar, los costos operacionales y el financiamiento del proyecto, para poder analizar, a la luz del contrato, el equilibrio financiero”*.

*rentas económicas entre el concesionario y la autoridad concedente como resultado del proceso conciliatorio, manteniendo así el equilibrio financiero del contrato*⁵⁶.

En esa misma línea de pensamiento, la Administración Concedente aporta criterio del Lic. Mario Herrera Flores, especialista en Planificación y Economía de Transportes, en el cual se concluye que *"al comparar la TIR [tasa interna de retorno] de 17.52% del proyecto original con respecto a la TIR de 17.94% en términos reales del Plan B, no existe realmente una diferencia significativa"*⁵⁷.

En atención de lo expuesto, se tiene que la Administración Concedente ha acreditado que las modificaciones introducidas al contrato a través de la adenda N° 2 no generan una afectación al equilibrio financiero del contrato, toda vez que la rentabilidad del proyecto se mantiene en términos similares, aspecto que se deja bajo la responsabilidad de la Administración Concedente.

Asimismo, se advierte que dada la naturaleza referencial del modelo financiero y los alcances del trámite de refrendo contralor, no corresponde a este Despacho efectuar una revisión de la actualización realizada al modelo financiero, cuya razonabilidad y proporcionalidad queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.

Finalmente, no se omite indicar que, para efectos de una adecuada documentación de lo actuado por las partes, es responsabilidad de la Administración Concedente que en el expediente administrativo de previo a dar la orden de inicio conste una copia impresa del modelo financiero actualizado que resultó del proceso conciliatorio y que sustenta la rentabilidad a que alude el criterio técnico supracitado.

20. Otros

La determinación del costo de operación y mantenimiento a partir del cual se determina la garantía de explotación regulada en la cláusula 4.10.3 modificada mediante la adenda, queda bajo la responsabilidad de la Administración Concedente, según las explicaciones aportadas durante el trámite de refrendo.

De conformidad con el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente, la verificación y cumplimiento de los permisos, licencias y estudios previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual.

Asimismo, deberá verificar que la concesionaria se mantenga al día en las obligaciones de la seguridad social, que las garantías se encuentren vigentes y por el monto estipulado en el contrato y sus adendas.

⁵⁶ Oficio PESJU-404-2011 del 24 de octubre de 2011, suscrito por el Presidente Ejecutivo del INCOP.

⁵⁷ Nota de fecha 7 de octubre de 2011, aportado mediante el oficio PESJU-404-2011.

Será resorte de la Administración concedente verificar que las garantías de construcción, explotación y ambientales, se rindan en los momentos oportunos, por los montos indicados en la adenda, y que permanezcan vigentes durante el lapso requerido en la adenda 2.

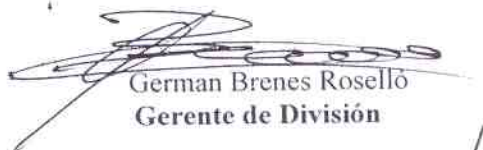
En relación con las especies fiscales, se aportó un monto de ¢9.312.873,15, sin embargo, deberá cancelarse una diferencia de ¢15.286,00 previo a iniciar la ejecución contractual, por lo que es responsabilidad de la Administración concedente verificar tal aspecto.

Por otra parte, consta la declaración jurada de la concesionaria donde manifiesta que no se encuentran en alguno de los supuestos de prohibición del numeral 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. También se ha verificado en el sistema de Compr@Red de la Dirección de Bienes del Ministerio de Hacienda, que no cuentan con sanciones o inhabilitaciones.

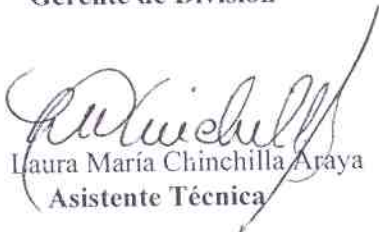
Por último, es preciso señalar que este tipo de contratos tanto por su complejidad como por el plazo de ejecución, demanda que la Administración despliegue una labor de fiscalización eficiente y oportuna, de modo que pueda conocer el avance y vicisitudes de la contratación para adoptar las medidas correctivas y garantizar el cumplimiento de lo pactado. Así las cosas, deberá contarse con el recurso humano suficiente debidamente capacitado que permita una fiscalización cuidadosa del contrato de concesión.

La verificación del cumplimiento de los términos y condiciones en que se otorga este refrendo será responsabilidad de Urias Ugalde Varela. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda ejercer el control sobre los condicionamientos señalados anteriormente.

Atentamente,


German Brenes Rosello
Gerente de División


Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada


Laura María Chinchilla Araya
Asistente Técnica


Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

LGB/LMCA/FHB/CGS/ymu

Ci: Archivo Central

Ni: 13416, 13497, 13997, 14917, 15247, 16432, 17912, 18301, 18923, 22277, 42, 489, 3360, 3536

G:2004005717-22-23-26

