

Al contestar refiérase
al oficio N°. **08161**

14 de mayo, 2024
DCP-0093

Señores
Junta Directiva
INCOP
Ce: presidencia@incop.go.cr

Estimados señores:

Asunto: Consulta sobre la limitación establecida en el párrafo tercero del artículo 2 de la “Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos” para dar en concesión obras existentes.

Nos referimos a su oficio CR-INCOP-PE-0942-2023 del 16 octubre del año 2023 recibido en esta Contraloría General por medio de correo electrónico del 23 de octubre siguiente y a la ampliación efectuada por medio del oficio CR-INCOP-AL-2024-001 del 12 de enero de 2024, mediante los cuales solicita el criterio de este órgano contralor en relación con la limitación existente en el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley de referencia, para dar en concesión, en el caso de los muelles, únicamente las obras nuevas o las ampliaciones y no las existentes.

I. Planteamiento de la consulta

En concreto consultan: “1. ¿Cuál es el alcance de la limitación contenida en el párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP en cuanto al concepto de obras existentes? 2. ¿En el tanto el objeto de una concesión según la LGCOP para el caso de instalaciones portuarias impliquen la modernización integral, con transformación sustancial, de obras existentes, es posible entender que se trata de obras nuevas y ampliaciones, de manera que sería jurídicamente posible la aplicación de la LGCOP?”

II. Sobre el criterio jurídico aportado

Al respecto, afirman que el propósito de la limitación que finalmente quedó plasmada en el artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (en adelante LGCOP), es que no se pudieran dar en concesión los bienes tutelados en el artículo 121.14 de la Constitución Política, tal cual estaban y sin una obligación por parte del concesionario de construir nuevas obras, ampliarlos o mejorarlos, es decir, realizar inversiones relevantes que justificaran, según el criterio de los legisladores, que se les permitiera explotar esos bienes y generar una rentabilidad.

Señalan que la expresión obras “existentes” está referida a limitar la concesión en los casos en los que el concesionario simplemente pasaría a explotar obras ya desarrolladas por el Estado costarricense, sin realizar inversiones relevantes, que justificaran dicha explotación. Consideran además que el hacerlo, según el criterio de los legisladores, habría supuesto admitir una suerte de beneficio patrimonial “injusto”, en el tanto el contratista generaría eventuales ganancias sin haber asumido riesgos en el desarrollo de inversiones sustanciales tendientes a contar con el activo a punto para la explotación.

Agregan que la perspectiva de los legisladores resulta consistente con las limitaciones que ya presenta el artículo 1 de la LGCOP que regula los tipos contractuales aplicables, pues los dos tipos contractuales previstos originalmente en el texto legal, necesariamente implican, ya sea la construcción de obras nuevas o bien ampliaciones.

En su criterio, si el objeto contractual consiste precisamente en desarrollar inversiones en obras por parte del concesionario, para que la recuperación se produzca por la explotación de los servicios, eso sí sería posible según la LGCOP. Esto es a lo que consideran que el legislador se ha referido como “obras nuevas” u “obras de ampliación”.

Señalan que las obras nuevas y ampliaciones admiten al menos dos dimensiones:

- Primer escenario. Cuando a un muelle ya existente se le adiciona un puesto de atraque que no existía previamente. Ese puesto de atraque específico es una obra nueva o una ampliación en sí misma, que individualizada, puede ser objeto de una concesión, como fue el caso que ocurrió en su oportunidad con la Terminal Granelera en el Puerto de Caldera.
- Segundo escenario. Cuando a un muelle ya existente debe hacerse una transformación sustancial, de manera que resulte claro que pasa a ser materialmente una infraestructura diferente a la preexistente. Esto ocurre porque hay renovación de las obras previas, adición de obras nuevas relevantes en el sitio que contribuyen a su transformación y hay ampliaciones sustanciales de componente de obras, que también contribuyen a una nueva perspectiva transformadora integral del muelle preexistente como tal. Si esa transformación se produce en el muelle, consideran claro que el objeto de la concesión no es la mera explotación sin inversión de la infraestructura existente -que es lo que no quería el legislador- sino que se trata de un mecanismo de inversión en obras sustanciales que sí amerita la explotación como fuente de recuperación -que fue lo que sí pretendió dejar habilitado el legislador en la LGCOP-.

Afirman que una interpretación distinta que se limite a componentes separados de obra, que sería solo el primer escenario anteriormente descrito y que excluya el segundo escenario detallado, condenaría al país a no contar con la figura de concesión de obra pública con servicio público en un caso de necesaria transformación sustancial de un muelle existente, con componentes de obra nueva significativos, que precisamente

requieren de inversión privada directa para su financiamiento dadas las limitaciones presupuestarias de la Administración Pública.

En la ampliación del criterio, reiteran que el concepto de obras “existentes” supone la mera concesión de obras que ya han sido desarrolladas por la inversión estatal -según lo explican los legisladores- y a partir de las que el concesionario sólo se ocuparía de la prestación de servicios. En sentido contrario, los conceptos de “ampliaciones” y de “obras nuevas” implican la necesaria inversión en obras por parte del concesionario como un componente consustancial del objeto contractual. Es decir, debe existir inversión, pues esa era la preocupación de los legisladores, al menos en el caso de la LGCOP.

Añaden que esas inversiones -sean ampliaciones y/u obras nuevas- deben ser significativas y necesarias para lograr las finalidades integrales del contrato de concesión. Esto por cuanto no se puede llegar al extremo de que, a partir de inversiones en obras marginales, se soslaye la limitación legal, pues eso sería reducir a una mera formalidad menor el requerimiento de inversión y esa claramente no fue la postura de los legisladores. Por el contrario, la inversión debe ser significativa y necesaria.

Al respecto, manifiestan que los contratos de concesión están relacionados con obras a partir de las cuales se prestan servicios. Esto supone que las obras deben estar diseñadas y construidas en términos que resulten apropiados para que cumplan con las funcionalidades requeridas por el servicio a ser prestado. En este sentido, las inversiones significativas son las ampliaciones y obras nuevas que sean necesarias para llevar la instalación portuaria -en el caso del INCOP- a cumplir con las funcionalidades que el servicio exige. De esta manera, si no se realizan esas inversiones, no resultaría posible alcanzar la funcionalidad requerida. Esto cumple con lo que pretende el legislador, en el sentido de que el concesionario “gane” el derecho a la explotación por el hecho de haber invertido en términos relevantes, es decir, sin los cuáles no será posible la explotación del servicio con las funcionalidades esperadas. Desde luego que esta determinación dependerá de cada caso en concreto. Esto implica que el proyecto concesionado debe estar orientado a superar las funcionalidades preexistentes, que es precisamente lo que justifica la inversión en ampliaciones y obras nuevas.

De manera complementaria con lo anterior, adiciona que en los contratos de concesión la prestación de los servicios está sujeta a estándares de calidad. Es absolutamente claro que tanto las obras como los equipamientos resultan determinantes para alcanzar los estándares de calidad esperados. Bajo esta línea, las inversiones significativas son aquellas necesarias para que las obras permitan al concesionario alcanzar los estándares de calidad que se definan en cada caso.

Desde luego que esto implica, según se expone, que el proyecto concesionado debe estar orientado a superar los estándares de servicio preexistentes, que es precisamente lo que justifica la inversión en ampliaciones y obras nuevas. Por lo que concluyen que la concesión debe suponer no solo la obra existente porque eso implicaría un contrato de servicios y sin inversión significativa. Pero si la concesión supone el desarrollo de

ampliaciones o de obras nuevas en el sitio original, que resulten necesarias para alcanzar las funcionalidades y estándares de calidad definidos objetivamente en cada caso -que a su vez deben ser mayores a los preexistentes-, entonces claramente no es una mera concesión de servicios de obras existentes y por lo tanto sí será posible su ejecución bajo la LGCOP.

III. Integración del CNC al procedimiento consultivo

Por medio del oficio 05703 (DCP-0063) de 22 de marzo del 2024 aplicando lo dispuesto en el artículo 12 del “Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”, resolución R-DC-197-2011 publicado en el Diario Oficial La Gaceta No 244 del 20 de diciembre de 2011, se procedió a integrar al CNC al procedimiento consultivo.

En respuesta a ese requerimiento, por medio del oficio CNC-ST-OF-0113-2024 del 12 de abril de 2024, el CNC remite un criterio afirmativo en relación con el uso de la concesión de obra pública en el caso de muelles existentes, siempre que el objeto del contrato se enmarque dentro de las actividades que forman parte de la figura de la concesión de obra. Al respecto, afirman: *“(…) De conformidad con el Principio de Legalidad, consagrado en el numeral 11 de la Constitución Política de la República y el artículo 11.1 de la Ley General de la Administración Pública, en virtud del cual la Administración solo podrá actuar en tanto exista norma jurídica que así le habilite expresamente, se tiene que la obra pública, la obra con servicio público, así como la optimización de activos de infraestructura vienen a ser las modalidades autorizadas para que opere la figura de la Concesión, las cuales tienen como común denominador, según sea el caso, el diseño, planificación, financiamiento, construcción, rehabilitación, ampliación, reparación, mantenimiento y conservación por parte del Concesionario a cargo de la inversión y el riesgo respectivos. / Lo anterior es conteste con la limitación ampliamente referida del inciso 3) del artículo 2 de la Ley N° 7762, con respecto a los muelles previstos en dicha norma, donde la figura de la Concesión solo será viable y procedente en tanto se trate de obras nuevas consustanciales o de las ampliaciones que ameriten los aspectos antes indicados (...).”*

IV. Consideraciones preliminares

En primer término, cabe señalar que el ejercicio de la potestad consultiva de la Contraloría General de la República se regula en el artículo 29 de su Ley Orgánica, No. 7428 del 4 de setiembre de 1994, así como en el “Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República”, resolución No. R-DC-197-2011.

Este órgano contralor, de conformidad con los artículos 8 y 9 del citado Reglamento, no tiene por norma referirse a casos y situaciones concretas que deben ser resueltas por la Administración Pública respectiva o en su caso por la Auditoría Interna en el ejercicio de sus competencias, de tal manera que lo que se emiten son criterios

generales sobre los asuntos consultados, debiendo analizar lo indicado por la respectiva Administración para que adopte las decisiones que correspondan.

Lo anterior se funda en el interés de no sustituir a las entidades consultantes en la solución o respuesta de asuntos propios de su competencia y evitar, además, el riesgo que genera emitir un pronunciamiento en punto a situaciones o casos específicos cuyas particularidades y detalles se desconocen, lo cual imposibilita rendir un criterio completo y suficientemente informado.

Al respecto, no se omite manifestar que la consulta efectuada, viene planteada en términos generales, y además, acompañada del respectivo dictamen jurídico de conformidad con el artículo 8 inciso 6) del reglamento mencionado, por lo que esta División procede a atender lo consultado por el fondo y en los términos generales que se expondrán a continuación.

V. Criterio de la División

i. Sobre la limitación contenida en el ámbito de cobertura de la LGCOP respecto a la concesión de obras existentes

La concesión administrativa ha sido definida por parte de la Procuraduría General de la República, entre otros, en el Dictamen C-037-2018 del 23 de febrero de 2018: *“La concesión administrativa se ha concebido como una modalidad de contrato administrativo que procura establecer una relación jurídica-administrativa entre el sector público y el sector privado. Este contrato administrativo, en su esencia, no es otra cosa que un mecanismo de financiamiento y gestión en el cual el Estado encarga a un privado, vía concurso, para que financie, construya y opere una obra a cambio de contraprestaciones pagadas en su totalidad o parcialmente por los usuarios de la obra o del servicio”*.

De lo anterior, se extrae que la figura surge para cubrir básicamente una o ambas de las siguientes situaciones. La primera de ellas, es la necesidad de encontrar mecanismos de financiamiento que permitan al Estado el desarrollo de obras cuya explotación sea factible para efectos de recuperar la inversión y para las cuales no se tienen recursos suficientes, de tal forma que no habría necesidad de realizar importantes desembolsos o de acudir a otros modelos de endeudamiento para su realización. La segunda está asociada a la transferencia del riesgo que implica la gestión del proyecto y que ante limitaciones de diversa índole que pueda enfrentar la Administración, se encargue la realización de la obra, tanto su construcción como su operación, a un tercero.

Al respecto, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley No. 7762 regula los contratos de concesión de obra pública, obras públicas con servicios públicos y la optimización de activos de infraestructura. Para ello, en el caso de los dos primeros tipos de contratos, los define como contratos administrativos *“por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la*

conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente". Para el caso del contrato de concesión de obra pública con servicio público se encarga además *"su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato"*.

En tesis de principio, toda obra es susceptible de ser dada en concesión por los procedimientos que regula la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, salvo las excepciones previstas con respecto a las telecomunicaciones, la electricidad y los servicios de salud. Para ello, es condición necesaria que existan razones de interés público, que así lo ameriten.

Si bien, la concesión se ha definido como una vía a partir de la cual se materializa una transferencia de prerrogativas y el reemplazo temporal del Estado como sujeto prestador del servicio público por el concesionario, conservando éste la facultad de fiscalizar el cumplimiento de las condiciones pactadas a nivel contractual, la titularidad del servicio queda siempre en manos de la Administración concedente, quien mantiene el poder de organización y dirección correspondiente y la responsabilidad derivada de la vigilancia sobre su correcta prestación.

Claro está que la explotación de la obra por parte del concesionario, es de carácter temporal, en el tanto bajo ningún supuesto se podría entender que implique la enajenación del bien, en observancia del mandato dispuesto en el párrafo III del inciso 14) del artículo 121 de nuestra Constitución Política ¹.

Ahora bien, normativamente el párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP contiene una limitación, establecida de la siguiente forma: *"Artículo 2.- Cobertura. / 1.- Toda obra y su explotación son susceptibles de concesión cuando existan razones de interés público, que deberán constar en el expediente mediante acto razonado. Se exceptúan de la aplicación de esta Ley las telecomunicaciones, la electricidad y los servicios de salud. / 2.- Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley. / 3.- En el caso de los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, por esta ley, únicamente podrán ser concesionadas las obras nuevas o las ampliaciones que ahí se realicen y no las existentes. / El setenta por ciento (70%) de lo que la Administración obtenga por lo dispuesto en el artículo 42.1 a) de esta ley, en razón de las obras nuevas o ampliaciones que se concionen en los citados muelles, será girado a la Junta de la Administración Portuaria de la Vertiente Atlántica y el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, según corresponda, para ser destinado exclusivamente a inversiones en obras de las respectivas provincias, sin que pueda utilizarse para cubrir gastos administrativos. Transcurrido el plazo de estas concesiones, dichas obras pasarán a la titularidad de los entes mencionados, según corresponda"*.

¹ Al respecto se puede observar el criterio desarrollado por parte de la Sala Constitucional, entre otros, en los votos 2318-98, 2319-98, 2001-11657 y 2005-05651.

De conformidad con el referido numeral, tal y como lo manifiesta el INCOP, dentro del ámbito de su competencia, para el caso de los muelles de Caldera y Puntarenas, no es posible otorgar en concesión las obras existentes, en aplicación del marco regulatorio de la LGCOP. De manera tal que sólo sería posible otorgar en concesión las obras nuevas o las ampliaciones que se realicen a las obras ya existentes.

Al respecto, en relación con la discusión legislativa que se llevó a cabo como parte del proceso de aprobación de la normativa bajo análisis, en el criterio jurídico que acompaña la consulta se hace referencia a la participación de los señores diputados, desde dos puntos de vista.

Las dos preocupaciones planteadas puntualmente, corresponden a lo siguiente: a) dudas de constitucionalidad por entender que dar en concesión obras existentes podía ser contrario al artículo 121.14 de la Constitución Política y b) que se dieran en concesión los muelles tal y como están para ser explotados por privados sin que estos tuvieran que invertir en construir obras nuevas, mejorarlos o ampliarlos.

La primera de las inquietudes, corresponde a una discusión que como se mencionó, se encuentra superada por parte de la Sala Constitucional al interpretar la restricción dispuesta en el artículo 121 constitucional referente a que tales bienes, dentro de los que se encuentran los muelles, “*no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado*”. Lo anterior, considerando que la Sala Constitucional² resolvió que no es razonable entender que los bienes objeto de concesión salgan o puedan salir directa o indirectamente del dominio y control del Estado, que a su vez reserva para sí unos amplios poderes de control y fiscalización con respecto al concesionario y el objeto de la concesión.

Con respecto al segundo de los temas que formó parte de las preocupaciones en la discusión legislativa³, se refiere a la oposición de algunos diputados en relación con

² Al respecto se puede ver el voto No. 3789-92 del del 27 de noviembre de 1992 de la Sala Constitucional en la que al resolver una Consulta de Constitucionalidad” realizada con ocasión del trámite del Proyecto de Ley General de Concesión de Obra Pública”, Expediente Legislativo No. 11.344, declara la constitucionalidad de las referidas normas. En sentido similar, véase el voto No. 2005-005651 de las 14:41 de 11 de mayo de 2005, en donde se analiza que la concesión no desafecta el fin público de los bienes, la titularidad pública se mantiene, no supone enajenación, ni tampoco arrendamiento o gravamen.

³ El diputado Cole Scarlett en el Acta N° 139 del expediente legislativo señaló: “*Lo que nosotros nos interesa es, que si el pueblo costarricense ha gastado millones y millones de colones en bienes, por ejemplo en los muelles – en la ampliación del muelle de Moín, Limón, en este momento se ha gastado más de dos mil millones de colones – para esas mejoras que se están haciendo en esos muelles, el dinero es del pueblo; no es dinero de las personas que van a venir a concesionar. / Si a mi usted me dice que van a concesionar la carretera de Limón, que van a hacer una super carretera y el estado le va a dar al concesionario un contrato, de tal manera que lo pueda explotar por cincuenta años y cobrar peajes, estamos de acuerdo. ¿Por qué? Porque van a hacer una super carretera. Pero si a mi me dicen que van a concesionar esa carretera, como está en este momento, que la van a concesionar así como está, entonces ¿dónde queda la inversión que ha hecho el pueblo?*” A su vez, el Diputado Fajardo Salas, en la misma Acta N° 139, manifestó: “*Estamos diciendo, simplemente, que en Caldera estamos tratando de salvar lo que fue el proyecto de Japón, que le costó un alto precio al país, y que está representado por esta pantalla traquera, las tres posiciones que tiene actualmente, el Puerto Caldera.*”

otorgar en concesión los muelles existentes para ser explotados por privados sin que estos tuvieran que invertir en la construcción de obras nuevas. Con lo cual, el origen de la limitación se refiere en específico a que no resulta posible otorgar en concesión, con sustento en la LGCOP, los bienes a que se refiere la norma, sin que exista un componente de inversión por parte del concesionario, referente a la construcción de obras nuevas, ampliaciones o mejoras sobre la infraestructura para la que se le habilita la explotación.

ii. Sobre los tipos contractuales contemplados en la LGCOP

De lo que viene dicho, resulta relevante poder distinguir entre tipos de concesión, tomando en consideración que aquellas que no involucren obra pública como tal, quedarían excluidas del ámbito de cobertura de la LGCOP.

Al respecto, tal y como se expuso previamente, la LGCOP regula específicamente tres tipos contractuales en su primer artículo, a saber: concesión de obra pública, concesión de obra con servicio público y la optimización de activos. De tal forma, que para los efectos de la LGCOP la concesión de un muelle, necesariamente debería contemplar obra pública, puesto que de lo contrario, la concesión no cabría dentro de los supuestos bajo los cuales le resulta aplicable dicha ley.

En este punto, conviene señalar que el elemento diferenciador que se utiliza para identificar y calificar una concesión como de obra pública, radica precisamente en que se otorgue el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de ésta o se dé a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra, a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente. Si bien, el contrato de concesión de obra presenta diferencias en relación con la simple concesión de servicios, que puede repercutir, por ejemplo, en lo concerniente a la inversión y la duración del contrato, en términos generales comparten una serie de características comunes a cualquier contrato de concesión, con lo cual la distinción en ocasiones no resulta ser tan clara.

De tal manera que si el contrato presenta como una de las principales obligaciones la construcción de una obra por cuenta del concedente, se está ante una concesión de obra pública. Mientras que un contrato de concesión que implique la realización de obras solo con un carácter accesorio o bien que se refiera exclusivamente a la explotación de una obra existente sin involucrar ningún componente de inversión en obra, se estará ante un contrato de concesión de servicios públicos⁴.

⁴ En el caso de la Unión Europea la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión establece en su artículo 5 lo siguiente: “*Artículo 5 / Definiciones / A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:* 1) «concesiones»: las concesiones de obras o de servicios, con arreglo a las definiciones

Una concesión que no contemple ese componente de inversión para el desarrollo de obra pública como parte de las obligaciones contractuales, se configuraría como una concesión de servicios, que no está contemplada por parte de la LGCOP.

iii. Sobre el alcance de la referencia a obras nuevas o ampliaciones

A partir de lo expuesto, se desprende que para efectos de dar en concesión los muelles contemplados en el tercer párrafo del artículo 2 de la LGCOP es indispensable que se incluya un componente de inversión de obra pública. Con lo cual, corresponde abordar lo referente al alcance de la limitación contenida en el párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP en cuanto al concepto de obras existentes y en específico, ¿cuándo se entiende que se trata de una obra nueva o una ampliación?.

Para ello, corresponde advertir que la prohibición que contempla la norma no dispone ninguna referencia particular que permita al operador jurídico establecer un criterio cuantitativo en relación con la limitación existente. De tal manera que el componente de inversión en obra pública deba alcanzar un porcentaje mínimo determinado o una cantidad específica.

Sin embargo, dentro de un ejercicio interpretativo, corresponde analizar si es posible llegar a dicha determinación echando mano de alguna otra disposición contenida en la LGCOP. La aplicación de ese método, denominado interpretación sistemática⁵ del

contempladas en las letras a) y b): / a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago; / b) «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (...). Incluso, en una discusión más acotada al objeto de la consulta, en su momento, mediante Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las Concesiones en el Derecho Comunitario (2000/C 121/02), se indicó lo siguiente: *“(...) En materia de delimitación del ámbito de aplicación de los preceptos de las Directivas sobre «obras» y «servicios», el considerando 16 de esta última especifica que si las obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no se justifica la clasificación del contrato como contrato público de obras. (...) Por lo tanto, según la Comisión, sobre todo se trata de saber si el objeto principal del contrato es la construcción de una obra o la ejecución y realización de trabajos por cuenta del concedente o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato. Si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente, se trata, según la Comisión, de una concesión de obras. (...) El objeto del contrato sigue siendo el mismo. Por el contrario, un contrato de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios (...)”*.

⁵ Sobre el método de interpretación jurídica, se ha señalado que: *“(...) Para obtener una regla de derecho completa es preciso hacer una compleja travesía constructiva por muchos enunciados, es*

ordenamiento, busca enmarcar el significado de las normas dentro de su contexto, ubicando una referencia que pueda ser utilizada para darle un sentido coherente a la referida prohibición.

Las normas no se pueden analizar de forma aislada, sino que por el contrario deben ser entendidas dentro de su contexto, lo cual implica la consideración de su significado en torno al conjunto de normas o sistema del que forman parte. Dentro de ese ejercicio hermenéutico se busca atribuir a la norma un sentido congruente con el sistema al que pertenece en aras de mantener su coherencia, dándole sentido al texto jurídico y logrando su efectiva aplicabilidad para la solución de situaciones jurídicas determinadas.

En ese orden, como parte del artículo 48 de la LGCOP en relación con la posibilidad de incluir nuevas inversiones en un contrato de obra pública en ejecución, el legislador incorporó un criterio cuantitativo como tope máximo para efectos de dicha inversiones, estableciéndose en un 25% del monto total de la inversión inicial del concesionario, según el contrato de concesión.

Sobre el particular, el artículo 48 de la LGCOP en lo conducente dispone: “(...) **Artículo 48.- Nuevas inversiones** / 1.- *Por acuerdo entre el concesionario y la Administración concedente o decisión unilateral de esta, motivada en razones de interés público, podrán modificarse las características de las obras y los servicios contratados; se compensará al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio. Previa aprobación de la Contraloría General de la República, las indemnizaciones serán fijadas por acuerdo mutuo entre las partes y, a falta de acuerdo, se recurrirá a la cláusula arbitral prevista en el contrato. La indemnización podrá expresarse en el plazo de la concesión, las tarifas, los aportes de la Administración concedente o cualquier otro régimen económico de la concesión, para lo cual podrán utilizarse uno o más factores a la vez. / 2.- El cartel fijará el monto máximo de la inversión que el concesionario puede estar obligado a realizar en virtud de lo dispuesto en el párrafo precedente; asimismo, el plazo máximo dentro del cual la Administración concedente podrá ordenar la modificación de las obras. En ningún caso, las modificaciones podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) del monto total de la inversión inicial del concesionario, según el contrato de concesión. (...)*”.

Obsérvese que el porcentaje viene dado por el propio legislador y establece un límite máximo hasta el cual se pueden realizar modificaciones relacionadas con nuevas inversiones en los contratos de concesión. Derivado de lo expuesto, en un contrato de

decir, por muchas normas. La explicación de esta vinculación entre una norma y las demás del mismo ordenamiento o entre una cláusula y el resto del contrato, se encuentra en que las primeras, que forman parte de un todo, no pueden tener un significado distinto de las demás y mucho menos contradictorio, pues el conjunto de preceptos o de estipulaciones no se concibe como una simple acumulación o agregado de disposiciones, sino como un verdadero y propio sistema; por lo que la interpretación sistemática conduce a entender la norma particular en función del contexto general y de manera conforme a este último (...)” (Anchondo Paredes, V. (2012). Métodos de interpretación jurídica. Quid iuris, 16, pp.42).

concesión de obra pública, aquellas modificaciones consistentes en nuevas inversiones de obra no pueden superar un 25% del monto total de la inversión inicial del concesionario. Por lo que cuando resulte meritorio realizar nuevas inversiones que lleguen a superar dicho límite, el referido contrato en ejecución no podría ser la solución para atender la necesidad identificada. Sino que para poder utilizar la figura de la concesión, en ese caso resultaría necesario un nuevo contrato.

De ahí que el propio legislador consideró que cuando se tratase de inversiones de obras que superen el 25%, se está en presencia de una inversión de tal magnitud que amerita la suscripción de un nuevo contrato, ante la imposibilidad de poder asumirlas mediante uno en ejecución.

Analógicamente, partiendo del parámetro cuantitativo dado por el legislador para ese supuesto y como parte del ejercicio concerniente a darle una lectura integral y armónica al ordenamiento jurídico, ese porcentaje del veinticinco por ciento (25%) del monto total de la inversión inicial del concesionario, puede fungir como parámetro cuantitativo a partir del cual se pueda llegar a determinar la procedencia de dar en concesión los muelles a los que hace referencia en artículo 2 inciso 3 de la LGCOP, cumpliendo con el espíritu del legislador y la prohibición contemplada en la norma.

Tómense en cuenta, que ese elemento cuantitativo surge del propio legislador y resulta coherente, lógico y razonable en función de los elementos cualitativos, a los que se hará referencia más adelante, que se podrían considerar para efectos de llegar a determinar que efectivamente la concesión de un muelle existente resulta ser procedente en atención de las inversiones a las que se estaría comprometiendo el nuevo concesionario como parte de los riesgos asumidos. En el tanto, el uso de la figura debería conllevar un componente importante de inversión que convierta el negocio jurídico en viable para todas las partes involucradas.

Adicionalmente, es preciso agregar que porcentaje al que se hace referencia tiene la virtud no sólo de resultar útil para atender las preocupaciones esbozadas por parte de los diputados en el trámite legislativo, en el tanto no solo obliga a un nuevo concesionario a realizar inversión en obra, sino que adicionalmente se trata de un parámetro razonable, que si bien es significativo, al tratarse de una cuarta parte de las inversiones ya existentes, no resulta ser una barrera infranqueable que imposibilite la realización de proyectos necesarios que se dirijan a la actualización o adaptación de las obras existentes en aras de poder prestar un mejor servicio. Lo cual aunado a los elementos cualitativos que se abordarán, genera una base fáctica que se podría entender como suficiente para generar seguridad jurídica a las parte involucradas dentro del negocio y resguardar la Hacienda Pública en el sentido expresado por el espíritu del legislador.

Lo anterior, entendiendo que en este tipo de negocios jurídicos, que además de fungir como un mecanismo de financiamiento y transferencia de riesgos constructivos y operacionales, las inversiones tienden a ser muy significativas en términos económicos e

incorporan plazos considerables de ejecución de tal forma que se permita al concesionario recuperar la inversión y la estructuración del negocio resulte viable.

Ahora bien, como parte de esos elementos cualitativos, se entiende que la limitación no se puede reducir simplemente a una restricción de carácter formal que se puede evadir con el simple hecho de incluir algún componente, mínimo o accesorio, de obra pública dentro de las obligaciones contractuales del concesionario.

En esa misma línea, es meritorio advertir que en todo caso se trata de un análisis casuístico que obedece a las particularidades de cada objeto contractual, la necesidad a satisfacer y los resultados esperados. Lo anterior, considerando que si bien es posible esbozar alguna serie de criterios que se deben valorar para efectos de la determinación de la procedencia, la valoración debe tomar en consideración los elementos específicos del caso concreto, de tal forma que no se puede desarrollar una fórmula general que aplique como criterio de distinción.

Partiendo de lo anterior, se debe decir que en los contratos de concesión de obra pública con servicio público, debe recordarse que la obra tiene una connotación instrumental pero indispensable, de frente a la prestación del servicio como tal, que es realmente lo más importante para efectos de la satisfacción del interés público. Sin embargo, no se puede obviar que el componente de obra y su materialización, de forma indubitable impacta la prestación del servicio y representa siempre un elemento necesario para la consecución de los objetivos trazados.

De manera tal, que si bien una de las obligaciones de mayor relevancia es precisamente la prestación del servicio, la construcción debe visualizarse a nivel contractual como una de las obligaciones principales del concesionario y no simplemente como un elemento accesorio. De ahí que las obras que se realicen, para poder considerar que no se trata simplemente de la concesión de las obras existentes, tienen que ser necesarias para alcanzar los objetivos, relevantes para la prestación del servicio y significativas dentro del objeto contractual tanto en la transferencia de los riesgos inherentes a la concesión como a nivel de la prestación del servicio que será objeto de explotación.

En ese sentido, el componente de inversión en obra que se realice debe estar dirigido a aumentar las funcionalidades ofrecidas con la infraestructura preexistente y a su vez, a garantizar estándares de calidad y niveles de servicio significativamente superiores, una vez iniciada la operación. Lo anterior, atendiendo a las definiciones que se realicen en el pliego de condiciones y el contrato respectivo.

Claro está, que la determinación de la procedencia de optar por la concesión de obra pública en el caso de los muelles en los cuales ya se encuentran obras existentes, debe ir antecedida de un análisis reposado y suficiente, que tome en consideración los elementos señalados y lleve a la Administración a la conclusión de que efectivamente, el componente de inversión en obra genera que no se trate simplemente de una concesión

de las obras existentes y amerite la utilización de los tipos contractuales contenidos en la LGCOP.

Por consiguiente, la definición de las funcionalidades, niveles de servicio esperados y estándares de calidad acordados, deberán quedar técnicamente fundamentados y claramente definidos en los estudios de factibilidad que le den sustento al proyecto y disponibles en el expediente administrativo respectivo, para los efectos del ejercicio de la fiscalización y control posterior que corresponda.

iv. Conclusiones

1. Existe una limitación normativa en el párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP según la cual no es posible únicamente concesionar las obras existentes.
2. El alcance de esa limitación implica que para dar en concesión uno de los muelles preexistentes mencionados en el párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP, como una condición necesaria e indispensable se contemple un componente de inversión en obra de tal magnitud e impacto para la prestación del servicio, que se pueda catalogar como obra nueva o ampliaciones a las existentes.
3. Ese componente de inversión en obra, debe justificar la utilización de la figura, para lo cual debe acreditarse que representa una de las obligaciones principales del concesionario y no simplemente se trata de elementos accesorios a las obras existentes. Las obras deben ser necesarias para alcanzar los objetivos, relevantes para la prestación del servicio y significativas dentro del objeto contractual.
4. El componente de inversión en obra que se realice debe estar dirigido a aumentar las funcionalidades ofrecidas con la infraestructura preexistente y a su vez, a garantizar estándares de calidad y niveles de servicio significativamente superiores, una vez iniciada la operación.
5. Dado que la prohibición en sí no define parámetros cuantitativos o cualitativos para establecer una regla general que permita determinar en qué casos estamos frente a una obra nueva dentro de una obra existente, se debe acudir a la interpretación sistémica de la norma, mediante la integración del porcentaje máximo que establece el artículo 48 de la LGCOP para la modificación del objeto contractual.

Sobre la base de dicha integración normativa, es criterio de esta Contraloría General que para dar en concesión uno de los muelles a los que hace referencia el artículo 2 inciso 3) de la LGCOP, las inversiones en obra deben exceder el veinticinco por ciento (25%) del monto total de la inversión de las obras existentes, como parámetro objetivo para definir que estamos frente a obra nueva. Lo anterior, según el avalúo de las obras que al respecto realice la Administración, tanto de las existentes como de las que se pretende efectuar.

En ese ejercicio, corresponde a la Administración definir en cada caso concreto la procedencia o no de aplicar la LGCOP, considerando los términos supracitados en los puntos 3, 4 y 5 de las presentes conclusiones.

Lo anterior en el entendido que bajo las reglas de la hermenéutica jurídica, la norma debe ser interpretada atendiendo a su fin o propósito original, sin que ello implique que la limitación del párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP, impida a la Administración acudir a la LGCOP para dar en concesión los muelles existentes, cuando se realice una inversión significativa en obras con el fin de aumentar significativamente los estándares de calidad y los niveles de servicio, en beneficio del interés público, según lo expuesto en el párrafo anterior.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División
Contraloría General de la República

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

AAA/nr.
NI: 23938-2023, 399-2024
G: 2023003982-1
Expediente: CGR-CO-2023006761