

Memorándum



De: BLP

Para: Corporación Financiera Internacional para ser usado dentro del marco de asesoría al Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico.

Fecha: Setiembre 25, 2024

Oficina San José,
Roble Corporate Center,
Piso 8, Escazú,
San José, Costa Rica,
+506 2205 3939
Centroamérica

Referencia: Consideraciones Legales del alcance del del Inciso ñ del Artículo 2 de la Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico, Ley No. 8461. Este memo refleja las consideraciones del informe entregado en la segunda quincena de julio de 2024 sobre este tema y que se actualiza por solicitud de INCOP en formato de memorándum legal.

Memorándum sobre el alcance del Inciso ñ del Artículo 2 de la Ley 8461

I. Introducción:

La Ley No. 8461, denominada Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico (“**Ley INCOP**”), modificó la Ley No. 4964 que se denomina Reforma Ley Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP). El inciso ñ del artículo 2 de la Ley INCOP establece en su literalidad que el destino de los ingresos provenientes de las concesiones otorgadas bajo la Ley No.7762, Ley General de Concesiones Públicas con Servicios Públicas (“**Ley de Concesiones**”), deberán en su totalidad utilizarse para proyectos de infraestructura, mantenimiento, ornato y seguridad ciudadana, con énfasis en la actividad turística. Al respecto indica dicho artículo lo siguiente:

“Artículo 2º.- Como institución autónoma de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propios, el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico gozará de la autonomía administrativa establecida por la Constitución Política, la que le confiere completa independencia en materia de administración, debiendo guiarse exclusivamente por las decisiones emanadas de su Junta Directiva, cuyos miembros actuarán conforme a su criterio, con apego a la Constitución, a las leyes y reglamentos pertinentes y a los principios de la técnica, siendo responsables de su gestión en forma total e ineludible.”

Para cumplir los objetivos, corresponderán al Instituto los siguientes deberes y atribuciones:(...) ñ. Destinar los ingresos provenientes de concesiones otorgadas por medio de la Ley N° 7762, en un cien por ciento (100%) al financiamiento de obras y equipo para proyectos de mantenimiento, construcción de infraestructura, ornato, limpieza y seguridad ciudadana, con énfasis en la actividad turística. A estos proyectos también se destinará al menos un veinticinco por ciento (25%) de los ingresos provenientes de las concesiones otorgadas o de las que sean otorgadas directamente por el Incop en el futuro; su Junta Directiva quedará autorizada para aumentar este porcentaje hasta alcanzar el cincuenta por ciento (50%) de estos ingresos. Los ingresos definidos en este inciso, en ningún caso podrán utilizarse para financiar proyectos o actividades relacionados con las concesiones otorgadas.”

Esta opinión tiene por objetivo determinar alcance y el espíritu del legislador en la creación del inciso ñ y su relación con los artículos 2.3 y :42.1 de la Ley General de Concesiones (Ley 7762), para determinar el alcance del destino de los ingresos y las restricciones sobre su uso.

II. Contexto de las Actas Legislativas de discusión del artículo 2 inciso ñ de la Ley 8461:

El inciso ñ fue incorporado en la Ley 8461 como parte de una reforma a la Ley 4964 de 1972, cuya intención era modernizar el régimen de administración de los puertos en la Vertiente del Pacífico de Costa Rica. Para analizar adecuadamente el espíritu del legislador, es imprescindible revisar las actas de discusión de la Asamblea Legislativa durante la aprobación de la Ley 8461 siendo para el caso relevante las siguientes discusiones:

DIPUTADO BENAVIDES JIMÉNEZ:

Gracias, señor Presidente, compañeros diputados.

Expresaré mi visión del asunto para tratar de colaborar con las dudas que tienen los compañeros que han hablado.

Coincido con esa última expresión de doña Marta en el sentido de que "puerto" debe entenderse como tal y no como muelle, ni como marina. Hasta la fecha la definición ha sido esa y hay muchos muelles, don Peter incluso no mencionó los que son para la descarga pesquera, que son cientos y no hay una confusión competencial en cuanto a que el INCOP pueda estarse metiendo ni con ellos y muchísimo menos con las marinas verdad, creo que la intención de que el INCOP tenga la responsabilidad de administrar los puertos es referida exclusivamente a los nacionales entendidos como aquellos que están bajo la vigilancia u operación del Estado.

En cuanto al inciso c), esto tiene una pequeña complejidad, trataremos de desenmarañarla. La Ley 7762 es la Ley de Concesión de Obra Pública, esa ley tenía previsto en su artículo 3 que si se diera en concesión alguna obra nueva en Caldera o en Limón, el 70% del canon que pagaran los concesionarios por esa obra nueva iba a ser dedicada a obras de infraestructura en general y el 30% a gastos operativos. Si era en Limón para JAPDEVA, si era en Caldera para INCOP.

Estamos introduciendo varias variantes. En primer lugar, nos dejamos del 70% al 30%, estamos hablando del 100%, nos queda un 30% para gastos de operación, estamos variando implícitamente el artículo 3 de la Ley No. 7762 para que el 100% del

ingreso del canon que pagará el concesionario de obra pública nueva en este caso pensemos: granos de la granelera, si llegara a construirse, se dedica a infraestructura.

Segunda variación. La Ley 7762 habla de infraestructura en general, aquí estamos introduciendo ornato y limpieza y mantenimiento de la misma infraestructura, de las mismas obras y dice “con énfasis en la actividad turística” que creo –doña Marta- es un punto importante con respecto a lo que usted señalaba y es que con énfasis señala una voluntad del legislador por apostar por una actividad de desarrollo en la apuesta por una actividad de desarrollo, pero sin exclusivizarla, es decir, no dice únicamente para la actividad turística, dice con énfasis en la actividad turística. De manera que deberíamos de entender que otras obras de infraestructura mantenimiento podrían ser realizadas por el INCOP.

Vamos al tema de las competencias del ICT. Para comenzar, en los dos puertos se ha intentado la producción de riqueza a través del manejo de los puertos y hablo de las vertientes Atlánticas y la costa del Pacífico, de alguna forma las instituciones que las han regido tuvieron la posibilidad de llevar adelante obras con sus fondos.

En JAPDEVA que como su propio nombre lo indica es una Junta de Administración existe una ley especial que ha posibilitado que en general se utilice parte de sus recursos o sus utilidades en diversas obras y entonces así lo ha hecho durante años, JAPDEVA ha invertido dinero en caminos para esa zona y en diversas actividades. En el caso de INCOP también se ha intentado, en algunos casos con éxito, en otros no, porque la Contraloría General de la República se lo ha vedado, alegando que no existe una ley que lo habilite directamente a invertir en ese tipo de obras o en ese tipo de mantenimiento.

Entonces, en este caso, lo que nosotros estamos es primero repitiendo una posibilidad que ya el INCOP le está dando la Ley No. 7762 que es que invierte en infraestructura esa parte del canon, aquí estamos ampliando ya no el 70% sino todo el canon; y apostando por una actividad sin que sea exclusiva, es decir podría invertir también en otras obras.

De la anterior transcripción resulta necesario resaltar los siguientes puntos

- “Estamos introduciendo varias variantes. En primer lugar nos dejamos del 70% al 30%, estamos hablando del 100%, nos queda un 30% para gastos de operación, **estamos variando implícitamente el artículo 3 de la Ley No. 7762 para que el 100% del canon que pagará el concesionario de obra pública nueva en este caso pensemos: granos de la granelera, si llegará a construirse se dedica a infraestructura.**”
- “Entonces, en este caso, lo que nosotros estamos es primero **repitiendo una posibilidad que ya el INCOP le está dando la Ley No. 7762 que es que invierte en infraestructura esa parte del canon y apostando por una actividad sin que sea exclusiva, es decir podría invertir también en otras obras.**”

III. Relación del inciso ñ del artículo 2 de la Ley 8461 con la Ley General de Concesiones:

De las anteriores transcripciones de las discusiones que conllevan a la creación del inciso ñ del artículo 2 de la Ley 8461 se hace referencia que vía creación del referido inciso implícitamente se

modifica la Ley de Concesiones en su artículo 2.3 ya que se aumenta de un 70% al 100% el uso del canon indicado en dicho artículo de la Ley de Concesiones que indica lo siguiente:

“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 concesionen 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.”

El artículo 42 de la Ley 7762, que regula los pagos que la administración puede recibir por la concesión de obras públicas, es fundamental para entender el espíritu del legislador en relación con el inciso ñ. Este artículo establece, en su inciso a lo siguiente:

“Artículo 42.- Ingresos de la administración concedente : 1) *En la forma determinada en el cartel de licitación o en la oferta del concesionario, en el contrato podrán fijarse los siguientes pagos a favor de la administración: a) Un canon por la explotación de la concesión, el cual no podrá ser superior al cinco por ciento (5%) de los ingresos brutos generados por la concesión otorgada. El porcentaje, el plazo y la entrega del cobro serán los estipulados en el cartel de licitación...”*

En el contexto del inciso ñ, estos ingresos generados por el canon de explotación referidos en el artículo 42.1.a de la Ley de Concesiones son los que deben destinarse exclusivamente a los proyectos descritos en la Ley 8461. Sin embargo, otros ingresos generados en virtud del artículo 42 de la Ley 7762, como los pagos extraordinarios al Estado, los que se originen en la entrega de los bienes que se utilizarán en la concesión o los pagos por concepto de inspección y control del contrato, **no están sujetos a esta restricción específica y podrían tener un uso más amplio que incluye gastos operativos y administrativos del INCOP.**

IV Conclusiones.

- **Destino Específico de Ingresos:** El espíritu del legislador con respecto al inciso ñ del artículo 2 de la Ley 8461 es claro al establecer que los ingresos provenientes del canon de explotación de concesiones del artículo 42.1.a de la Ley de Concesiones deben destinarse, en su totalidad, a proyectos de infraestructura, mantenimiento y ornato, con énfasis en la actividad turística. Sin embargo, el énfasis en turismo no significa exclusividad, lo que

permite destinar estos fondos a otros proyectos en tanto sean dentro de las competencias del INCOP.

- **Interpretación Conjunta con la Ley 7762:** Al analizar la Ley 8461 junto con la Ley General de Concesiones, **se concluye que los ingresos provenientes de otros pagos, como los pagos extraordinarios; los que se originen en la entrega de los bienes que se utilizarán en la concesión o los pagos por inspección y control, no están sujetos a la limitación del inciso ñ y pueden destinarse a otros fines dentro de las competencias del INCOP.**
- **Prohibición de Financiar Concesiones:** El legislador dejó explícito que estos ingresos no deben ser utilizados para financiar las propias concesiones otorgadas, lo que tiene como propósito evitar la duplicidad en el uso de recursos públicos para financiar obras que deben ser cubiertas por los concesionarios privados.
- **Flexibilidad de Administración:** La Junta Directiva del INCOP tiene la facultad de aumentar hasta el 50% el porcentaje de ingresos destinado a estos proyectos, lo que otorga flexibilidad en la gestión de los recursos según las prioridades de desarrollo de la región.
- Finalmente, el argumento a coherencia como regla interpretativa es consecuencia de la existencia del principio de coherencia que informa el ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando se encuentra una incoherencia en el Derecho debe ser erradicada del ordenamiento jurídico. Por ello, la coherencia pretende que no existan antinomias en el ordenamiento jurídico. Así, mediante este argumento se descubre la compatibilidad o incompatibilidad material de las normas entre sí, de suerte que, si la incompatibilidad entre normas es insalvable, debe desaplicarse la que resulta incoherente dentro del sistema normativo. En este caso particular, la única forma de volver coherente el artículo 2 inciso ñ de la Ley 8461 con el artículo 42 de la Ley de Concesiones, es interpretarlo a que el mismo se encuentra limitado al ingreso por canon establecido por la Ley de Concesiones en su artículo 42.1.a y el destino específico que prevé el inciso ñ es prevalentemente para actividad turística y no exclusivamente.

Quedamos atentos a cualquier pregunta o comentario adicional.

Saludos



BLP
Julio Castellanos
Socio