

# PROYECTO DE MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA

Sobre el Anexo 21. Criterio de la División

*Marzo de 2025*

# 1. Motivación

En el marco del proceso de licitación del Proyecto de Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera, las empresas APM TERMINALS B.V., SAAM PUERTOS S.A., DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC. e INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC. (las interesadas) interpusieron frente a la Contraloría General de la República (CGR) sus respectivos recursos de objeción contra el cartel de licitación en la fecha 5 de diciembre de 2024, dentro del plazo considerado para ello en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público (LGCOSP).

Posteriormente, en la fecha 20 de enero de 2025, la División de Contratación Pública de la CGR comunicó en el documento R-DCP-00004-2025 el resultado de sus consideraciones respecto de dichos recursos, de modo que ciertos de ellos quedaron rechazados y otros completa o parcialmente aceptados. En estos últimos casos, la propia CGR provee de las indicaciones para atender sus consideraciones de manera oportuna.

Desde la recepción de dicha comunicación, la Administración Concedente se encuentra trabajando en los análisis necesarios para resolver satisfactoriamente las observaciones de la CGR, tanto mediante las modificaciones cartelarias que sean precisas como a través de las aclaraciones de ciertos aspectos que se añadirán al expediente administrativo.

El objetivo de este documento es dar respuesta a la consideración de la CGR II. Sobre el pliego de condiciones. Sobre el Anexo 21. Criterio de la División.

## 2. Respuesta de la Administración Concedente al criterio de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República II. Sobre el pliego de condiciones. Sobre el Anexo 21. Criterio de la División.

### I. Advertencias

Sobre las sanciones determinadas en el pliego de condiciones en el Anexo 21 y el clausulado del pliego, así como el contrato modelo, la CGR realizó las siguientes advertencias para las cuales se da una actualización de las acciones realizadas por la Administración Concedente como sigue:

**a.- Sobre la cláusula 6.4 Procedimiento para la imposición de multas**, siendo que existe ambigüedad, diferencia multas inferiores o mayores US\$10.000 y las definiciones de leves, graves y muy grave. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones correspondientes para dar claridad de cuál sería el órgano competente para la instrucción del procedimiento sancionatorio, cuáles son las etapas procesales y los plazos aplicables. Así como establecer el procedimiento sancionatorio ya sea sumario o bien uno ordinario, con que regirá durante la ejecución de la concesión.

**b.- Sobre las conductas tipificadas como sancionables en el Anexo 21. Sanciones**, siendo que las sanciones se encuentran definidas realizando una referencia genérica a número de capítulo y número de cláusula o anexo. Así, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, a fin de que no solamente se remita a los capítulos, cláusulas y otros anexos cuyo incumplimiento generaría la aplicación de una sanción; de manera que además se establezca de forma expresa y completa, cuáles serán las conductas u omisiones sancionables; para así dotar de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones correspondientes para que se establezca de forma expresa y completa, cuáles serán las conductas u omisiones sancionables.

**c.- Sobre el otorgamiento del plazo de subsanación.** Sobre el punto 3 del Anexo 21 referido al plazo de subsanación pareciera necesario que la cláusula se ajuste para evitar una lectura descontextualizada del principio de eficiencia frente a elementos que brindó también el legislador. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones correspondientes al cartel de licitación para evitar lectura descontextualizada sobre el proceso de subsanación.

**d.- Causales de imposición de sanciones.** En el punto 4 del Anexo 21 referido a las causales de imposición de sanciones, se regulan algunos supuestos referidos a las obligaciones de mantenimiento sobre el cumplimiento del plan respectivo. Evitar discusiones innecesarias en la fase de ejecución contractual se debe distinguir estos casos de los previstos en el artículo 50 inciso b) de la Ley No. 7762. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones correspondientes al cartel de licitación.

**e.- Sobre las sanciones abiertas en el Anexo 21. Sanciones: punto 5. Valor de las Sanciones y Plazo de Aplicación.** En ese sentido, se observa que para las sanciones catalogadas como tipo 5, 6 y 7 se deja indeterminada la imposición de la multa, es decir, no existe una indicación de las conductas sancionables de manera clara, expresa e inequívoca, sino que se emplea la fórmula abierta, en la cual cabrían sanciones por incumplimiento de las obligaciones de no hacer, sin enumerar y definir cuáles se entienden como tales; y, el incumplimiento de obligaciones que, por su naturaleza, no les resulte aplicable un apremio diario, sin tipificar las conductas que caben en este último supuesto, en otras palabras, en este último supuesto, se dejan tipificadas por descarte, a todo lo que no le aplique apremio diario. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones correspondientes al cartel de licitación para que no queden indeterminadas las sanciones cataloga.

**f.- Sobre el Anexo 21, sanción 12. Calidad.** En ese sentido, no se determina en el Anexo 21, sanción 12. Calidad, si el incumplimiento declarado con ocasión de las cláusulas 9.5 y 9.5.1, así como los anexos 16.3, 16.4 y 23 citados antes, se considerarían o no incumplimientos leves de calidad para efectos de la imposición de la multa. Tampoco se apunta claramente si la instrucción y resolución final de los reclamos y quejas, recae en todos los supuestos en el concesionario, lo cual a su vez, en caso de dejarse al arbitrio del concesionario, supondría eventualmente el problema de que el concesionario fungiría como juez y parte en la resolución de ese tipo de reclamos o quejas.

Aunado a ello, se observa que la Administración en el Anexo 16.3, punto 4.2.11. Mecanismo de Atención de Quejas y Reclamos (MQR), traslada la formulación de los mecanismos al concesionario, pero en el punto 4.3.12, lo reserva para la Administración. Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, sanción 12. Calidad, para que no se utilice un tipo sancionatorio abierto y ambiguo; de manera que se dote de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones correspondientes al cartel de licitación para que se homologue.

**g.- Sobre el Anexo 21, sanción 13. Reglamento en relación a la cláusula del contrato 1.24 Reforma al Reglamento de Servicio de Puerto Caldera, subincisos 1.24.1 a 1.24.6: imposibilidad de transferir la potestad reglamentaria al concesionario.** Así las cosas, la sanción administrativa establecida en el punto 13. Reglamento del Anexo 21. Sanciones, no posee asidero jurídico, dado que no podría sancionarse una conducta que en principio no es transferible al concesionario, ya que la formulación y la emisión de la reforma reglamentaria no puede ser delegada al concesionario, puesto que se trata de una competencia legalmente atribuida al INCOP. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones necesarias para que se entienda que es únicamente la propuesta de ajustes al reglamento, pero la consolidación y aprobación del mismo recae en INCOP.

**h.- Sobre el Anexo 21. Sanciones, sanción 21. General.** En el Anexo 21. Sanciones, la sanción 21. General, establece que esta procederá cuando “el Contratista viole o incumpla las disposiciones de cualquier Ley Aplicable y/o Licencias y Permisos y como resultado de dicho incumplimiento resultase en un efecto material adverso en el Proyecto”. Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, sanción 21. General, para que no se utilice un tipo sancionatorio abierto y ambiguo; de manera que se dote de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones necesarias para definir el efecto material adverso.

**i.- Sobre las causas de extinción de la concesión y el Anexo 21. Sanciones: remisión y referencia en las sanciones a imponer, de cláusulas del pliego y el contrato que no corresponden con el número citado.** Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión, corrección y ajuste del Anexo 21. Sanciones y las referencias en el clausulado, a fin de que las citas y remisiones coincidan con la numeración que efectivamente corresponde con tales menciones. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones necesarias para que no haya referencia que no corresponden con el número citado.

**j.- Sobre el Anexo 23. Requerimientos del Plan de Explotación y Mantenimiento: segmentación o atomización de los aspectos sancionables.** Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con el ajuste del Anexo 21. Sanciones, a fin de que se indique en éste, la referencia a aquellos otros apartados, anexos o cláusulas, en los cuáles también se han establecido sanciones; a fin de dotar de claridad y seguridad al pliego de condiciones. Sobre esto la Administración Concedente hizo las modificaciones necesarias para que exista relación con el Plan de Explotación y Mantenimiento y el Plan de Desencadenantes de Inversión.

## II. Recursos de Objeción

**Sobre los recursos de objeción relacionados** a las sanciones determinadas en el pliego de condiciones en el Anexo 21 y el clausulado del pliego, así como el contrato modelo, la CGR definió:

“En ese sentido, coincide este órgano contralor con el objetante en cuanto a que la falta de claridad entre los tipos de faltas y sus consecuencias puede llevar a decisiones desproporcionadas, con lo cual resulta necesario que se defina claramente en el pliego de condiciones y se elimine esta disparidad entre los incisos 2 y 3. Así las cosas, este aspecto se declara **parcialmente con lugar** a efecto de que la Administración analice la cláusula y realice las modificaciones pertinentes a efecto de que quede claramente establecido cuáles causales dan lugar a la resolución de la concesión.

Aunado a ello, lo resuelto debe concordarse con lo dispuesto en el Anexo 21 a fin de evitar contradicciones.”

Como se indica en los numerales relacionados a las advertencias, en la segunda versión del cartel de licitación se hicieron las modificaciones necesarias para tipificar con mayor claridad los tipos de faltas y sus consecuencias.

Así también se define por parte de la CGR lo siguiente:

“Ante esto, es criterio de este órgano contralor que resulta necesario que la Administración incluya los estudios técnicos que sustenten la aplicación de las multas y cláusulas penales para efecto de conocimiento de los interesados. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este aspecto”.

Ante esto se confirma que el esquema de sanciones se basa en un marco que permita que la administración concedente tenga la visibilidad necesaria cuando el concesionario incumpla sus obligaciones y ponga en peligro el desarrollo e implementación del Proyecto. Las sanciones se basan en las obligaciones propias del concesionario en las diferentes etapas definidas en el contrato de concesión. A continuación se desarrolla la justificación desde la perspectiva legal, técnica y financiera.

#### ***Desde la perspectiva legal***

Las sanciones se enmarcan dentro de la regulación para concesiones de obra pública con servicio público, para cubrir los incumplimientos contractuales que se generen por causas imputables al concesionario siendo que es una potestad de la autoridad concedente.

Asimismo, se establece el proceso sancionatorio para ambas partes. En el que incluye las notificaciones necesarias, periodos para presentar la información correspondiente y el proceso de resolución para determinar la sanción a imponer y los pasos a seguir.

Las sanciones están integradas en el marco legal del contrato de concesión siendo legalmente vinculantes y establecen los derechos y responsabilidades de ambas partes. Las sanciones constituyen un mecanismo legal para exigir el cumplimiento de estas obligaciones.

Se debe considerar que la administración concedente tiene el mandato legal de garantizar que la infraestructura y los servicios públicos cumplan con las normas regulatorias. Las sanciones constituyen una herramienta legal para exigir el cumplimiento de estas regulaciones, protegiendo así el interés público y la seguridad.

Las sanciones pueden servir como medida preventiva para resolver disputas entre la administración concedente y el socio privado. Al definir claramente las consecuencias del incumplimiento, las sanciones pueden reducir la probabilidad de procesos prolongados como litigios y facilitar una resolución más rápida de los problemas.

#### ***Desde la perspectiva técnica***

Las sanciones se establecen sobre eventos específicos que pueden acarrear sanciones, por ejemplo: retrasos en las etapas del proyecto, incumplimiento de la calidad de los servicios, no cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras. Todos estos elementos son cuestiones medibles y comprobables

Las sanciones son una herramienta crucial para garantizar que los socios privados cumplan con los estándares técnicos y las métricas de desempeño estipuladas en los contratos de concesión. Al imponer sanciones por incumplimiento, la administración concedente puede exigir el cumplimiento de los estándares de calidad, técnicos y operación, garantizando así que se reciba el nivel de servicio previsto.

Asimismo, el tener un esquema de sanciones ayuda a mitigar los riesgos técnicos asociados al proyecto. Actúan como un factor disuasorio contra trabajos deficientes, retrasos y otras fallas técnicas. Esto garantiza que el proyecto se complete a tiempo, dentro del presupuesto y cumpliendo con las especificaciones requeridas.

También la implementación de sanciones mejora la rendición de cuentas y la transparencia en la ejecución de proyectos con participación privado. Siendo que garantiza que las contrapartes rindan cuentas de sus obligaciones técnicas, fomentando así una cultura de rendición de cuentas y mejora continua.

### ***Desde la perspectiva financiera***

Las sanciones se enmarcaron para asegurar que aun con su aplicación el proyecto pueda mantener su viabilidad financiera y bancabilidad siendo que son montos razonables en comparación con las proyecciones financieras, teniendo el límite máximo total del valor de las sanciones que pueden ser impuestas al Concesionario. Teniendo en cuenta que el esquema de sanciones puede ayudar a incentivar a llevar un mejor control y eviten incumplimientos que a largo plazo generaría mayores sobrecostos. Las sanciones económicas por retrasos o trabajos deficientes incentivan a los socios privados a gestionar sus recursos eficientemente y completar el proyecto dentro del presupuesto acordado.

La autoridad concedente es responsable de garantizar que el proyecto ofrezca un servicio con altos estándares de calidad y genere el valor por dinero esperado ante la población. Las sanciones garantizan que la contraparte privada preste los servicios y la infraestructura acordados con la calidad y el coste esperados, maximizando así la rentabilidad económica del proyecto.

La estipulación de sanciones facilita dar visibilidad a la asignación de riesgos entre las partes. Al imponer sanciones económicas por incumplimiento, la autoridad puede transferir al socio privado los riesgos asociados con retrasos en los proyectos, sobrecostos y faltas técnicas, protegiendo así los intereses públicos.

### 3. Conclusiones

Desde una perspectiva técnica, legal y financiera, la aplicación de sanciones en concesiones o proyectos de concesión pública con servicio públicos es una estrategia viable y eficaz para la autoridad. Garantiza el cumplimiento de los elementos técnicos, el cumplimiento de las obligaciones y el control de los riesgos financieros, protegiendo así el interés público y garantizando la correcta prestación de la infraestructura y los servicios públicos.

Es así como este documento ha atendido de manera puntual y detallada las observaciones en el marco de los recursos de objeción contra el cartel de licitación del Proyecto de Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera, así como la observación de la propia CGR respecto al marco de sanciones.