



OFICIO

CR-INCOP-PE-0942-2023

Puerto Caldera, 16 octubre de 2023

Señora

Marta Eugenia Acosta Zúñiga

**Contralora General de la República**

**Contraloría General de la República**

Estimada señora:

*Asunto: Se plantea consulta formal con fundamento en la potestad consultiva de la Contraloría General de la República.*

De conformidad con el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Reglamento sobre la Recepción y Atención de Consultas dirigidas a la Contraloría General de la República, solicitamos el criterio jurídico formal de la Contraloría General en relación con el párrafo tercero del artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos (en adelante referida como LGCOP), según se expone seguidamente:

De conformidad con las disposiciones normativas de la Ley del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP), Ley No. 1721 del 28 de diciembre de 1953 y sus reformas -especialmente mediante la reforma operada por la Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico, Ley No. 8461 del 20 de octubre de 2005-, compete al INCOP como objetivo principal asumir las prerrogativas y funciones de autoridad portuaria, con el propósito de explotar, directa o indirectamente, de acuerdo con la ley, los puertos del Estado en el litoral pacífico del país, sus servicios portuarios, así como las actividades y facilidades conexas, con el fin de brindarlos de forma eficiente y eficaz para fortalecer la economía nacional<sup>1</sup>.

Para los efectos del cumplimiento del objetivo principal antes indicado, el INCOP está facultado para establecer los lineamientos estratégicos, de conformidad con las previsiones del Plan nacional de desarrollo y las directrices de carácter general emitidas por el Poder Ejecutivo, en materia de desarrollo portuario<sup>2</sup>, a partir de los cuales le corresponde nuevos puertos, instalaciones portuarias

<sup>1</sup> Según literalmente lo dispone el párrafo primero del artículo 1.

<sup>2</sup> Según literalmente lo establece el inciso a) del artículo 2.



y facilidades conexas que se requieran para la prestación eficiente de servicios portuarios en el litoral pacífico del país o, en su caso, concesionar su construcción o la prestación del servicio público respectivo<sup>3</sup>.

Como parte de las facilidades portuarias bajo el ámbito de competencia y atribuciones antes indicado, se tienen aquellas propias del Puerto de Caldera. Según es de conocimiento de la Contraloría General, en la actualidad en dichas instalaciones están vigentes tres contratos de concesión -de regímenes normativos distintos-, que tienen su vencimiento durante el segundo semestre del año 2026. Por esa razón, y también según el conocimiento de ese órgano contralor, en la actualidad se llevan a cabo estudios propios de la fase de pre-inversión para la estructuración de las relaciones contractuales que deberán ser implementadas una vez que lleguen a su fin los contratos actuales ya mencionados. En este contexto el INCOP, sin perjuicio de la concurrencia del Poder Ejecutivo según corresponda por el régimen constitucional de los puertos, debe adoptar decisiones estratégicas impostergables, que garanticen la satisfacción del interés público de manera oportuna.

En ocasión de los análisis que se llevan a cabo y para los efectos de las decisiones específicas que desde luego competen a la Administración activa -y que no corresponde detallar en el marco de la función consultiva de la Contraloría General según su reglamentación vigente en la materia-, ha surgido la necesidad de hacer una consulta acerca de la interpretación jurídica del párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP. Dicho artículo dispone lo siguiente<sup>4</sup>:

#### ***“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*

<sup>3</sup> Según literalmente lo señala el inciso f) del artículo 2.

<sup>4</sup> Texto corresponde a la última versión vigente de la norma, según se consigna en SINALEVI. El destacado del párrafo tercero es nuestro.



*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 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.*

*Transcurrido el plazo de estas concesiones, dichas obras pasarán a la titularidad de los entes mencionados, según corresponda.”*

Según se puede apreciar, el párrafo tercero contiene una limitación para que se otorguen concesiones según la LGCOP, que resultaría aplicable en el caso del Puerto de Caldera. Esa limitación se refiere a tres conceptos específicos: obras existentes, obras nuevas y obras de ampliación. En este sentido, la limitación genera la duda en cuanto a su sentido, puntualmente en cuanto al alcance de los conceptos de obras nuevas o de obras de ampliación, en relación con lo que se debe considerar como obras existentes. Lo que se consulta en consecuencia es lo siguiente:

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?

Es claro que la aplicación de los criterios interpretativos objeto de la consulta a los supuestos de hecho y características propias de un proyecto específico, será responsabilidad del INCOP. Sin



embargo, tener claridad general acerca de la correcta forma del interpretar el numeral antes indicado, es de suma relevancia por razones de **seguridad jurídica indispensable** en proyectos de infraestructura pública que requieran de la **atracción de inversión nacional y extranjera directa**.

A este oficio de consulta se adjunta el dictamen legal de la asesoría jurídica institucional del INCOP. Según se puede apreciar, al tesis que se desarrolla y que esta Presidencia Ejecutiva comparta, es que la limitación está aplica en el caso en el que se pretenda que el objeto contractual sea única y exclusivamente la explotación de obras existentes, sin que forme parte del encargo al concesionario precisamente el desarrollo de componentes de obra pública nueva o de ampliaciones que incidan en las obras existentes. Este sentido de la limitación, según podrá apreciar el órgano contralor, fue consignado en el expediente legislativo de la LGCOP. En sentido contrario, según lo dice el dictamen adjunto, si el objeto de la concesión supone que el concesionario debe generar obras nuevas y ampliaciones aún en el sitio que ocupan obras existentes, pero generando una transformación sustancial, la limitación no resultaría aplicable. Sin embargo, la redacción del párrafo en cuestión admite duda, siendo que la falta de claridad debe ser subsanada por la vía de un criterio consultivo general vinculante, que contribuya a la seguridad jurídica y que permita al INCOP hacer las valoraciones y aplicación respectivas para los casos concretos que deba estructurar, a partir de las características específicas de la necesidades de obra en cada situación específica, lo que desde luego no forma parte del alcance de la potestad consultiva de la Contraloría General.

En vista de que el INCOP debe adoptar decisiones estratégicas en el corto plazo en relación con la aplicación de la norma de referencia, de manera respetuosa solicitamos la perentoria atención a la presente, en el marco de las posibilidades institucionales del órgano contralor.

Respetuosamente dejamos solicitada una **audiencia formal** para explicar directamente el alcance de la consulta, de estimarlo útil la Contraloría General, dadas la complejidad y la importancia del tema para el futuro del país.

Atentamente,

**Braulio Venegas Dijeres**  
**Presidente Ejecutivo**  
**Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico**

cc: Archivo/icm