



12 de abril de 2024

**CNC-ST-OF-0113-2024**

Señores

Roberto Rodríguez Araica

**Gerente de División**

**Contraloría General de la República**

Alfredo Aguilar Arguedas

**Gerente Asociado**

**División de Contratación Pública**

**Contraloría General de la República**

**Referencia:** Oficio No. 05703 (DCP-0063) de 22 de marzo del 2024.

Estimados señores:

En cumplimiento de lo solicitado en el oficio de referencia, y dentro del término conferido, esta representación procede a pronunciarse con respecto a la consulta planteada por el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico con base en lo siguiente:

#### **Antecedentes**

En razón del proceso que se tramita en el seno del Instituto Costarricense de Puertos de del Pacífico, en adelante Incop, en aras de la modernización del Puerto de Caldera, la Presidencia Ejecutiva mediante el oficio CR-INCOP.PE.0942-2023, de fecha 16 de octubre de 2023, hizo formal consulta a la Contraloría General de la República, con respecto a los alcances e interpretación de la limitación contenida en el inciso 3) del numeral 2 de la Ley N° 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, a los efectos de poder dar vía concesión, para el caso de los muelles, únicamente las obras nuevas o las ampliaciones requeridas pero no las obras existentes.

Se tiene que, mediante el oficio CR-INCOP-AL-2023, de fecha 9 de octubre de 2023, dirigido al señor Braulio Venegas Díjeres, Presidente Ejecutivo del Incop, el Lic. Marco Aurelio Zúñiga Angulo, asesor de la Unidad de Asesoría Jurídica emitió criterio, concluyendo en lo siguiente:

- Que la limitación del artículo 2 del párrafo 3) de la Ley N° 7762 es en el sentido de evitar que el evitar que el objeto de la concesión sea la mera explotación de una infraestructura ya existente, ya desarrollada por El Estado, sin inversión ni riesgo por parte del Concesionario.
- Que en tanto el objeto de la concesión incorpore la ejecución de obras, dentro del esquema de transferencia de riesgo al Concesionario, se tiene por justificado el uso del modelo de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público para que la explotación de las obras sea la



fuentes de recuperación de las referidas inversiones, ya sea, adicionando a un muelle existente un puesto de atraque a modo de obra nueva o ampliación; o bien, cuando un muelle existente requiera de una transformación sustancial que haga claro que pasa a ser una infraestructura materialmente diferente a la preexistente, al haber renovación de las obras previas, adicionando obras nuevas que contribuyen a su transformación, desde una perspectiva de transformación integral al muelle existente.

La consulta contenida en el citado oficio CR-INCOP.PE.0942-2023 de fecha 16 de octubre de 2023, fue aclarada a solicitud del órgano contralor mediante el oficio CR-INCOP-AL-2024-001 del 12 de enero de 2024, de la Unidad de Asesoría Jurídica institucional, criterio del cual se destacan los siguientes puntos:

*"6. En consecuencia, lo que hemos señalado es 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.*

*7. Podría plantearse la duda de si es posible establecer límites cuantitativos de inversión. Sin embargo, en nuestro criterio esto no es posible porque eso no lo establece la Ley, no lo mencionaron los legisladores en sus discusiones. Hacerlo por la vía reglamentaria, en nuestro punto de vista supondría un claro exceso de frente a la ley, que ni siquiera remite a una determinación reglamentaria. Pero además, en materia de estructuración de proyectos bajo la modalidad de concesión, esto sería contraproducente pues implicaría anticipar situaciones que no se conocen, pues los proyectos precisamente tienen todas características muy particulares."*

Dado lo anterior, la División de Contratación Administrativa de esa Contraloría General de la República, consideró necesario integrar a dicha gestión al Consejo Nacional de Concesiones, por medio de su Secretaría Técnica a los efectos de emitir pronunciamiento sobre los aspectos indicados en la consulta planteada por la representación del Incop.

### **Criterio de la Secretaría Técnica del CNC**

En lo que respecta al Consejo Nacional de Concesiones, como órgano de desconcentración máxima, con personería jurídica instrumental, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, una vez hechos los análisis y estudios correspondientes al requerimiento hecho por la representación del Incop a esa Contraloría General de la República, y los criterios jurídicos vertidos, se hace necesario citar las definiciones contenidas en el inciso 2) del numeral 1 de la Ley N° 7762:



***“Artículo 1°- Conceptos***

*1) Esta ley regula los contratos de concesión de obras públicas, obras públicas con servicios públicos y optimización de activos de infraestructura.*

*2) Para los efectos de esta ley se definen los siguientes conceptos:*

*a) Concesión de obra pública: contrato administrativo 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 inmueble público, 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 .*

*b) Concesión de obra con servicio público: contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, la ampliación o la reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato 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.*

*c) Optimización de activos de infraestructura: contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, la operación, el mantenimiento, la ampliación o la reparación, así como la explotación de cualquier bien inmueble público, previamente existente, prestando los servicios 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.”*

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.



Así las cosas, y a los efectos de tener por debidamente integrado al Consejo Nacional de Concesiones en este procedimiento consultivo, esta Secretaría Técnica conteste con los criterios emitidos por el área jurídica del Incop, da por cumplido el requerimiento hecho por ese órgano contralor.

Respetuosamente,

Shalom Loría Abarca

**Secretaria Técnica a.i.**

Ci. Ing. Mauricio Batalla Otárola. Ministro de Obras Públicas y Transportes

Ing. Efraím Zeledón Leiva. Viceministro de Infraestructura, MOPT

Área de Servicios Legales, CNC

