



OFICIO

CR-INCOP-AL-2023-223

Puerto Caldera, 09 de octubre de 2023

Señor

Braulio Venegas Díjeres

Presidente Ejecutivo

R/ Consulta verbal acerca de la interpretación del artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

I-CONSULTA:

Por este medio se atiende su consulta verbal acerca de la interpretación del párrafo tercero del artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos (LGCOP). Dicho párrafo tercero contiene una limitación para que se otorguen concesiones según la LGCOP, que resultaría aplicable en el caso del Puerto de Caldera y otras facilidades portuarias en el país. 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, siendo que por lo tanto se nos ha consultado lo siguiente:

¿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?

¿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?

Según se nos ha explicado, el presente dictamen jurídico interno tiene el propósito de acompañar un proceso consultivo formal ante la Contraloría General de la República. Este sentido, nuestra posición jurídica es la siguiente:



II- CRITERIO JURÍDICO:

Efectivamente, el párrafo tercero del artículo 2 de la LGCOP contiene una limitación, según se cita a continuación:

“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 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.” (El destacado no es del original).

De conformidad con este artículo, en el caso de los muelles de Caldera y Puntarenas, que son los que guardan relación con el ámbito de competencia del INCOP, no es posible otorgar en



concesión según la LGCOP las obras existentes. Por el contrario, existe la habilitación para otorgar en concesión según dicha ley las obras nuevas en dichos muelles o bien las ampliaciones que se lleven a cabo “ahí”, que claramente se refiere a los muelles respectivos.

Para los efectos de comprender el alcance de la limitación bajo examen, resulta de especial importancia tener presente el artículo 10 de Código Civil, que forma parte del Título Preliminar que contiene reglas generales de interpretación normativa y que son igualmente útiles en el caso del ordenamiento jurídico público. Dicho numeral señala que las normas “se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”. En un sentido similar, el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública dispone que la norma administrativa “deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular”.

Precisamente en el caso concreto resulta de especial importancia el elemento histórico, propiamente de los antecedentes legislativos, tal y como lo refiere el artículo 10 del Código Civil. Revisadas las actas del expediente legislativo que dio origen a la LGCOP, se identifican manifestaciones expresas de algunos legisladores que abordan expresamente la limitación contenida en el párrafo tercero del artículo 2 y que muestran de manera indubitable la motivación de los legisladores. Puntualmente, las manifestaciones que se consignan en el expediente legislativo muestran dos preocupaciones específicas:

- Dudas de constitucionalidad por entender que dar en concesión obras existentes podía ser contrario al artículo 121.14 de la Constitución Política.
- Que se dieran en concesión los muelles tal y como estaban para ser explotados por privados sin que estos tuvieran que invertir en construir obras nuevas, mejorarlos o ampliarlos.

En cuanto al primer aspecto mencionado, la Sala Constitucional ya ha zanjado el tema al referirse a la concesión de bienes tutelados en el numeral 121.14 constitucional, cuando menos en sus Votos 2318-98, 2319-98, 2001-11657 y 2005-05651, en el siguiente sentido:



“...Volviendo ahora al texto del artículo 121, inciso 14) constitucional, cuyo último párrafo, como se menciona en la consulta, es el que podría verse afectado por el segundo párrafo del artículo 6 del Proyecto, conviene en el marco de esta consulta, delimitar su contenido. En efecto, el artículo 121, inciso 14) contiene tres normas distintas, que deben ser claramente diferenciadas: a) La primera, es una norma que habilita a la Asamblea Legislativa para decretar "la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación". Por una parte, esta norma es irrestricta en cuanto se refiere a todos los bienes propios de la Nación, y, por otra, reserva a la ley la materia, invalidando actos administrativos de enajenación o aplicación a usos públicos no fundados en ley previa; b) La segunda, prescribe qué bienes no "podrán salir definitivamente del dominio del Estado". Para esas categorías, que están enunciadas en los incisos a), b) y c), la restricción es total y absoluta en cuanto a "salir del dominio del Estado", pero, de inmediato, la norma modera su severidad advirtiendo que tales categorías de bienes pueden ser "explotados por la administración pública o por particulares" de acuerdo con la ley o mediante concesión especial; c) La tercera, es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales en servicio) no incluidos en las tres categorías de la norma precedente. Si sobre estos bienes nada se dijera, los cubriría la norma de habilitación con que el inciso 14) comienza, como ya se ha visto. Pero la existencia de esta disposición específica implica un régimen jurídico propio para estos bienes, que limita el principio general de enajenación y aplicación a usos públicos de una manera rigurosa: tales bienes "no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado". La norma alude, en primer lugar, a enajenación, arrendamiento o gravamen, pero la expresión "directa o indirectamente", en el contexto rígido de la disposición puede referirse lo mismo a la situación en que el Estado procede por sí o por medio de otras entidades jurídicas (sentido subjetivo), o a los casos en que se emplean modalidades o medios que tengan consecuencia o efectos jurídicos equivalentes o similares, aunque per se no supongan técnicamente enajenación, arrendamiento o gravamen (sentido sustantivo). A continuación, este rigor se confirma con la expresión "ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado", expresión esta a la que también hay que dar una amplia cobertura de hipótesis por la vocación de la norma. Ahora bien: si se confronta la sumaria enumeración de algunas características de la concesión que se hizo antes,



con lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14), se derivan los siguientes comentarios. El vocablo "enajenación" importa la transmisión del dominio o propiedad de la cosa o la titularidad de un derecho a otra persona, lo que no sucede con la concesión, pues de acuerdo con los propios términos del Proyecto, el Estado conserva el dominio sobre ellos, al punto de que podría recuperarlos -si por razones de interés público así lo llegara a estimar- previa indemnización al concesionario. Difiere igualmente de la figura del arrendamiento, pues como contrato sinalagmático que es, el arrendante asegura al arrendatario el uso y disfrute de la cosa por un tiempo determinado, mientras que el último se compromete al pago de una suma de dinero; en tanto en la concesión, si bien es cierto existe un plazo para su explotación, el Estado -como se señaló- puede recuperarlo no obstante el plazo fijado, y el beneficio económico que recibe el concesionario, consiste exclusivamente en el canon o suma de dinero que abonan los usuarios. Tampoco implica gravamen del bien, como resulta de los artículos del Proyecto. En otros términos, la obra pública construida será siempre del Estado. De ahí que como bien de dominio público, gozará de las características de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias a este tipo de bienes. **EN CONSECUENCIA, DADAS LAS PRERROGATIVAS QUE EL PROYECTO RESERVA A LA ADMINISTRACIÓN, NO ES RAZONABLE ENTENDER QUE LOS BIENES OBJETO DE LA CONCESIÓN SALGAN O PUEDAN SALIR - DIRECTA O INDIRECTAMENTE- DEL DOMINIO Y CONTROL DEL ESTADO. A LO ANTERIOR HAY QUE AÑADIR LOS AMPLIOS PODERES DE CONTROL O FISCALIZACIÓN QUE EL ESTADO SE RESERVA PARA SÍ, INCLUSO EN LO REFERENTE AL ESTIPENDIO (TARIFAS POR PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO) QUE RECIBIRÁ EL CONCESIONARIO, EL CUAL DEBERÁ FIJARSE POR LOS ORGANISMOS COMPETENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE SE SEÑALAN EN EL PROYECTO, TODO SOBRE LA BASE DE PRINCIPIOS DE JUSTICIA Y RAZONABILIDAD, PROPIOS DEL DERECHO PÚBLICO. DE AHÍ QUE EN OPINIÓN DE ESTA SALA, NO SE OBSERVA INFRACCIÓN ALGUNA POR PARTE DE LA NORMA CONSULTADA CON RESPECTO AL ARTÍCULO 121, INCISO 14) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.**" (resaltado no es del original)

Ahora bien, en cuanto a la segunda preocupación de los diputados, que si se quiere es la más relevante para los efectos de comprender la limitación bajo examen, se evidencia de las actas legislativas que fueron los diputados Fajardo Salas y Cole Scarlett quienes se oponían a que



se dieran en concesión los muelles tal y como estaban para ser explotados por privados sin que estos tuvieran que invertir en construir obras nuevas, mejorarlos o ampliarlos. En este sentido, resulta ejemplificante lo que manifestó al respecto el diputado Cole Scarlett que representaba a la provincia de Limón en el Acta N° 139:

“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?

Por su parte, el Diputado Fajardo Salas, quien representaba a la provincia de Puntarenas, también manifestó en esa misma Acta N° 139:

“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.”

Se desprende de lo anterior que el espíritu de la limitación que finalmente quedó plasmada en la norma bajo examen, lo que pretendía era que no se pudieran dar en concesión los bienes tutelados en el artículo 121.14 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.



Desde esta perspectiva, resulta claro que el uso de 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. 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.

Esta perspectiva de los legisladores, que no puede ser soslayada a los efectos de interpretar el sentido de la limitación que nos ocupa, en todo caso 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. Es decir, la LGCOP en todo caso no contiene una concesión de explotación de servicio público pura y simple, como por ejemplo si lo hacían los artículos 74 y 75 de la Ley de Contratación Administrativa, que por ejemplo fueron finalmente los utilizados en el caso de la terminal de carga general del Puerto de Caldera, en vista de que el objeto contractual no implicaba desarrollo de obras sino simplemente gestión de servicios públicos.

En este orden de ideas, la limitación debe ser vista desde la perspectiva de la definición del objeto contractual. Es decir, si el objeto del contrato de concesión pretendido es simplemente otorgar la concesión de obras ya existentes para su sola explotación, sin que medien inversiones relevantes y sustanciales por parte del contratista, no podría concretarse mediante la LGCOP, por cuanto para los legisladores eso implicaría una posibilidad de generar rentabilidad eventual a partir de bienes ya existentes, desarrollados por el propio Estado, sin que el contratista tenga que hacer inversiones y asumir riesgos en el diseño y la construcción de las obras, siendo que para los legisladores eso no era conveniente para el interés público. Esta clara perspectiva de la limitación que ancla en los antecedentes legislativos, es consistente con el hecho de que la LGCOP no contiene un tipo contractual de concesión de gestión de servicio público pura y simple.

En sentido contrario, los legisladores entendieron que precisamente si el concesionario sí realiza inversiones y asume riesgos de desarrollo de obras, de manera que incide en los muelles de manera que genera una transformación relevante que por lo tanto no puede ser atribuida a una mera condición física preexistente desarrollada por el Estado con sus propios recursos, en



ese caso sí era posible utilizar la LGCOP, lo que precisamente también es consistente con el artículo 1 de la Ley, pues los tipos contractuales regulados suponen el desarrollo de obras como parte del objeto contractual. Si se sigue el razonamiento de los legisladores, el hecho de realizar inversiones bajo un esquema de transferencia de riesgo (que es propio de estas modalidades contractuales de asociación público privada), precisamente sí se justificaría la explotación de las obras mediante la prestación de los servicios, pues en ese caso dicha explotación sería precisamente un medio de recuperación de inversiones del contratista y no del Estado.

Más allá de si se comparte o no la visión de los legisladores, lo cierto es que desde la perspectiva de los antecedentes legislativos, el alcance de la limitación que nos ocupa es claro y actúa en función del objeto contractual esperado: asignar obras ya existentes, sin inversión relevante del contratista, para la mera explotación comercial, está excluida como una posibilidad para los muelles de Caldera y Puntarenas, en el caso del INCOP, al menos por la vía de la LGCOP. Por el contrario, 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 en nuestro criterio el legislador se ha referido como “obras nuevas” u “obras de ampliación”.

En línea con lo indicado en el párrafo anterior, en nuestro criterio las obras nuevas y ampliaciones admiten al menos dos dimensiones:

- **Primer escenario.** Cuando a un muelle ya existente se le adiciona por ejemplo 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. Por ejemplo, esto es lo 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. Esto fue lo que no se le encargó, por ejemplo, al concesionario de la terminal de carga general del Puerto de



Caldera en la concesión vigente y por esa razón no se pudo otorgar mediante la LGCOP pues actuaba precisamente la limitación que ahora nos ocupa. Pero si esa transformación se produce en el muelle, es 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-.

Desde nuestra perspectiva es necesario comprender estas dos dimensiones de la obra nueva y de la ampliación, pues es la interpretación consistente con la voluntad legislativa de habilitar la LGCOP en los muelles de Caldera, Moín, Puntarenas y Limón siempre que existiera inversión relevante del concesionario que justificara permitirle la explotación de las obras como fuente de recuperación de esas inversiones. Y eso ocurre en la medida en que existe esa inversión directa y bajo riesgo, bajo la denominación de obra nueva o ampliación, ya sea como adición a lo ya existente o como transformación sustancial de los ya existente.

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 este sentido, de nuevo debe recordarse que el artículo 10 del Código Civil señala que las normas deben interpretarse en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas, a lo que el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública agrega que la norma administrativa debe ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige. En este caso, el interés público se ve mejor servido con la aplicación de la LGCOP en los casos en los que el concesionario sí va a desarrollar obras públicas (inversiones bajo riesgo) y en los que por lo tanto la explotación es un medio instrumental para la recuperación de las inversiones realizadas. Y eso es precisamente lo que resulta también consistente con los propios antecedentes legislativos, pues lo único que los legisladores no querían, y por eso lo limitaron, era la mera explotación de una infraestructura ya existente, desarrollada por el Estado, sin riesgo de inversión por parte del concesionario.



III- Conclusión:

A partir de lo expuesto, se contestan las preguntas planteadas en los siguientes términos puntuales:

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?

La limitación está referida al caso de que el objeto del contrato sea la mera explotación de una infraestructura ya existente, desarrollada por el Estado, sin riesgo de inversión por parte del concesionario.

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?

En la medida en que el objeto de la concesión incorpore la ejecución de obras, es decir, de inversiones directas y relevantes del concesionario bajo un esquema de transferencia de riesgo, se justifica el uso de la modalidad de concesión de obra pública con servicio público, para que la explotación de las obras sea la fuente de recuperación de las referidas inversiones. En este sentido, los conceptos de obra nueva o de ampliaciones, abarca en nuestro criterio dos escenarios:

- **Primer escenario.** Cuando a un muelle ya existente se le adiciona por ejemplo 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.
- **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



INSTITUTO
COSTARRICENSE
DE PUERTOS DEL
PACÍFICO

GOBIERNO
DE COSTA RICA

ampliaciones sustanciales de componente de obras, que también contribuyen a una nueva perspectiva transformadora integral del muelle preexistente como tal.

Se deja de esta manera rendido el dictamen jurídico solicitado, para los efectos del proceso consultivo formal ante la Contraloría General de la República.



Marco Aurelio Zúñiga Angulo
Asesoría Jurídica
Unidad de Asesoría Jurídica

cc: Archivo

Teléfono: 2634-9153 / 2634-9150 • Central (506) 26349100
Correo: mzuniga@incop.go.cr • Apdo.: 001-5400-Puntarenas