

DIVISION DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase

al oficio No. 02739

21 de marzo de 2012

DCA-0692

Señor

Edwin Rodríguez Aguilera

Secretario Técnico a.i.

CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES

Estimado señor:

Asunto: Se otorga refrendo al contrato suscrito en fecha 13 de febrero de 2012 por el Poder Ejecutivo y la Presidencia Ejecutiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) y las empresas APM TERMINALS MOÍN SOCIEDAD ANÓNIMA y APM TERMINALS CENTRAL AMERICA B.V., derivado de la licitación pública internacional 2009LI-000001-00200, promovida para la “Concesión de obra pública con servicios públicos para el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la Nueva Terminal de Contenedores de Moín”. El contrato se ha estimado en la suma de USD\$956.453.273,00.

Se atienden sus oficios DST-OF-1491-2011, DST-OF-1600-2011, DST-OF-1620-2011, DST-OF-1840-2011, DST-OF-1888-2011, DST-OF-1926-2011, DST-OF-050-2011, DST-OF-126-2012, DST-OF-179-2012, recibido este último en fecha 14 de febrero del año en curso, por medio de los cuales se ha solicitado el refrendo del contrato referido en el asunto.

Al respecto se indica que el refrendo solicitado es otorgado por este órgano contralor, luego del estudio respectivo que se ha efectuado al procedimiento de licitación promovido y al contrato que del mismo se deriva, siendo necesario a esos efectos, destacar los siguientes temas.

I. De la competencia que tiene este órgano contralor para otorgar el refrendo del contrato.

Sobre este tema en particular, deviene procedente indicar que esta Contraloría General mediante oficio 11159 (DC-0457) del 11 de noviembre de 2011, concluyó que es competente para conocer del trámite de refrendo de los contratos derivados de la aplicación de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos incluido el contrato que nos ocupa. En el oficio de cita y en lo que interesa se expuso:

“...Sobre los alcances del artículo 140.19 en concordancia con el 121.14 de la Constitución Política.

En relación con lo indicado en las referidas notas, donde se considera que es la Asamblea Legislativa la que tiene competencia para otorgar el refrendo a los contratos de concesión como el de la terminal de contenedores de Moín al amparo de lo dispuesto en los artículos 121 inciso 14) y 140 inciso 19) de la Constitución Política, esta Contraloría estima que aún con las atribuciones que dichos numerales confieren a la Asamblea Legislativa e independientemente de éstas, de las citadas normas constitucionales no se desprende que se esté excluyendo el ejercicio de la competencia encomendada a este órgano contralor por medio del artículo 184 inciso 1) de la Constitución Política.

En ese sentido, cabe señalar que la Sala Constitucional, se ha pronunciado mediante sentencia No. 3789-92, reiterada en la 5651-2005 (...), De manera tal que, en el caso de las concesiones que se tramiten al amparo de la Ley No. 7762, ha de concluirse que ya existe la aprobación indicada en la referida normativa constitucional. (...)

Además, en desarrollo de esa competencia constitucional, el legislador ordinario ha establecido de manera general para las contrataciones que realice la Administración Pública la necesidad de contar con ese requisito de eficacia y en este caso en materia de concesión de obra pública con servicios públicos, por medio de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (Ley No. 7762), de manera específica se ha estipulado la exigencia de este control ejercido por la Contraloría General (...)

En consecuencia, de conformidad con la citada atribución de rango constitucional, que ha sido encomendada a este órgano contralor, no se observa impedimento para el ejercicio de esa competencia por parte de esta Contraloría General, a efectos de conocer y resolver el trámite de refrendo de los contratos que suscribe la Administración Pública, razón por la cual no se aprecia que exista falta de competencia conforme a lo planteado. Antes bien, cabe apreciar que se trata de una potestad irrenunciable, intransmisible e imprescriptible en los términos que dispone el numeral 66 de la Ley General de la Administración Pública (Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978). (...)

En cuanto a lo que se indica con respecto a lo dispuesto en el artículo 64 inciso 1), subinciso b), de la citada Ley No. 7762, que excluye de la aplicación del artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, al Consejo Nacional de Concesiones (CNC), este órgano contralor estima que dicha norma debe entenderse en congruencia con lo dispuesto en el artículo 30 del mismo cuerpo normativo, que al efecto, dispone:

“Artículo 30.- Suscripción y cesión del contrato

1) El contrato se suscribirá, una vez firme el acto de adjudicación y constituida la sociedad anónima nacional referida en el artículo 31 de esta Ley. Deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República”. (el subrayado no es del original).

En todo caso, debe reiterarse que la mencionada dispensa legal es exclusiva para el Consejo Nacional de Concesiones, no pudiendo hacerse extensiva a otros supuestos no previstos en la norma, como es el caso de los contratos de concesión suscritos al amparo de la disposición recién transcrita...”.

En el mismo orden de ideas, este Despacho desea reseñar que en opinión jurídica emitida por la Procuraduría General de la República mediante oficio OJ-014-2012 del 20 de febrero de 2012 y con relación a los contratos sujetos a aprobación legislativa se concluyó en lo que interesa resaltar que:

“...1- El texto del artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política debe analizarse en relación con lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14 del mismo Texto Fundamental y la interpretación que de él ha realizado la Sala Constitucional. 2.- La Asamblea Legislativa aprueba los contratos relativos a los bienes comprendidos en el artículo 121, inciso 14, en particular ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales, cuando no ha emitido una regulación legal de carácter general, que tenga como objeto precisamente uno de esos bienes. 3-Por ende, esa aprobación legislativa no es necesaria cuando la Asamblea Legislativa ha ejercitado su potestad legislativa estableciendo el régimen jurídico bajo el cual debe el Poder Ejecutivo contratar la explotación de los servicios públicos o de los bienes a que se refiere el artículo 121, inciso 14. 4- Al permitir una concesión de obra pública con servicios públicos respecto de muelles, ferrocarriles y aeropuertos nacionales, no se produce una enajenación, gravamen o arrendamiento de estos bienes de la Nación, ni la pérdida del dominio y control del Estado. 5- En el estado actual del ordenamiento y conforme la jurisprudencia constitucional, la aprobación legislativa de los contratos para la explotación de los servicios públicos procederá cuando dicha contratación no pueda ampararse a lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa, en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos o en leyes especiales. (...) 9- La jurisprudencia constitucional afirma la constitucionalidad de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y remarca que no es necesario que los contratos que se realicen con fundamento en esta ley sean sometidos a aprobación legislativa...”

Asimismo, en cuanto a la procedencia de otorgar el presente refrendo de contrato, es importante señalar en este oficio que el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda mediante sentencia No. 503-2011 (expediente No 11-3975-127 CA) con relación a medida cautelar interpuesta en proceso judicial contencioso administrativo instaurado por el Sindicato de Trabajadores de JAPDEVA (SINTRAJAP) contra el Estado, APM Terminals Central América B.V., la ARESEP, el Consejo Nacional de Concesiones, la Contraloría General de la República y Junta de Administración Portuaria de Desarrollo de la Vertiente Atlántica, en lo que interesa al rechazar la medida cautelar de referencia dispuso:

“...impedir a la Contraloría General de la República como se pretende, que emita la resolución final sobre el trámite de refrendo del contrato, no solo no resulta posible, sino que además afectaría aquellos intereses colectivos, así como la gestión sustantiva de ese Órgano Contralor a quien corresponde por disposición normativa del más alto nivel de la República artículo ciento ochenta y cuatro Constitucional determinar si los contratos suscritos por el Estado se ajustan o no al ordenamiento jurídico, que es lo que se hace justamente a través del refrendo. Lo que en la práctica se pide al Tribunal, en este caso, es que se le ordene a la Contraloría General no ejercer una competencia constitucional y con ello no verificar si el contrato se ajusta o no a la legalidad, lo que como se dijo no resulta posible. El refrendo de un contrato administrativo, es manifestación del ejercicio de las amplias potestades atribuidas a la Contraloría, y en esa medida forma parte de su función de órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control y fiscalización de la Hacienda Pública. Como tal y por su propia naturaleza esa potestad es irrenunciable, intransmisble e imprescriptible, así los dispone el inciso primero del numeral sesenta y seis de la Ley General de la Administración Pública, que en su inciso siguiente expresa

con absoluta claridad que solo por ley podrá ejercerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio, dicho compromiso solo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso, el ejercicio de las potestades en casos concretos podrá estar expresamente sujeto a caducidad en virtud de otras leyes. Tal y como se indicó durante la audiencia oral celebrada (...) no existe una norma legal que habilite a la Contraloría General de la República para no resolver sobre el refrendo de un contrato administrativo. Antes bien (...) decidir este tipo de gestiones constituye una atribución de obligado ejercicio, dentro de los plazos específicos establecidos por la ley (...) De por medio, está involucrado no solo el ejercicio de esa potestad, que hace parte de la función sustantiva de la Contraloría General, sino también la vigencia de los principios de legalidad (...), así como los de continuidad y eficiencia de los servicios públicos que también tiene raigambre constitucional y legal (...) y finalmente el principio de seguridad jurídica, (...) La cautelar que aquí se pide en el fondo lo que busca, y así lo señalo el apoderado del actor, es que esta jurisdicción a contrapelo de los principios que se acaban de señalar le ordenen al Órgano Contralor no ejercer sus competencias únicamente para un caso concreto y ello sin que se haya demostrado la existencia de una situación de carácter excepcional o la inminencia de un daño grave que justifique tal decisión, lo cual se reitera no es dable conceder en esta vía. (...) A partir de todo lo anterior, este Órgano se permite señalar que no desconoce las amplias potestades que la normativa procesal vigente otorga al Juez de lo Contencioso Administrativo para acordar medidas cautelares de la más diversa índole (...) Empero, estima que tal facultad por amplia que sea a (sic) de estar siempre justificada por un lado en la necesidad de proteger el objeto del proceso y de evitar que la ejecución de la conducta cuestionada ocasione daños graves al demandante o a los intereses que este tutela y por el otro que su implicación no podría llevar a que se autoricen o se ordene la realización por esa vía, de conductas sean activas u omisivas contrarias al ordenamiento jurídico, (...) En tales condiciones, resulta indudable que en este caso debe darse preponderancia al interés público que involucra la conclusión de los procedimientos administrativos y el ejercicio, de la competencia constitucional de la Contraloría General de la República, ello tomando además en consideración que los intereses públicos y privados invocados como sustento de la medida no se encuentran en este momento en una condición de riesgo actual o potencial que permitan otorgar la tutela cautelar. Por esto tampoco se da este último requisito. Las anteriores consideraciones, obligan pues al rechazo del recurso de apelación interpuesto pues los argumentos esgrimidos en esta sede carecen de fuerza suficiente como para variar lo resuelto en primera instancia. La solicitud para que se ordene suspender el trámite del refrendo, no puede entonces prosperar y ello da lugar a que se confirme la resolución requerida...”

II. De lo dispuesto por el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública a efecto de otorgar el refrendo contralor a un contrato sometido a estudio.

Primero que todo deviene indicar que el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública en sus considerandos segundo y tercero dispone “*Que la Sala Constitucional en la Resolución No.5947 el 19 de agosto de 1998, señaló que el refrendo a que hace referencia el artículo 184 constitucional es de aplicación para la actividad contractual de toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución de gobierno central, institución autónoma u órgano desconcentrado. Que también la Sala Constitucional, en Resolución No. 9524 del 3 de diciembre de 1999, adicionó la ya citada Resolución 5494, en el sentido de que es constitucionalmente posible que en atención a la*

naturaleza, objeto y cuantía de la contratación de que se trate, la Contraloría General establezca condiciones razonables, proporcionadas y acordes con los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa y sus propias competencias, a la facultad que el artículo 184 de la Constitución Política le confiere para refrendar los contratos del Estado, con miras a no crear mecanismos que afecten una expedita gestión administrativa y en atención al interés público”.

Además de lo anterior, el artículo 2 del mismo cuerpo reglamentario dispone que *“El refrendo es un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, en los términos previstos en el artículo 8° de este Reglamento. (...) El refrendo no constituye un procedimiento administrativo destinado a resolver intereses contrapuestos de las partes o de terceros interesados, por lo que las gestiones que con ese propósito se interpongan durante el trámite, serán rechazadas de plano. (...) no es un medio por el cual la Contraloría General de la República ejerce las potestades de realizar auditorías y de investigación, reguladas en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En consecuencia el análisis de legalidad se basa en una revisión del expediente administrativo aportado por la Administración, por lo que se presume la veracidad de la documentación en él incorporada, según el principio de buena fe que rige la actividad contractual pública...”¹.*

Expuesto lo anterior, se puede destacar que por disposición del numeral 8 del Reglamento de cita, el análisis que realiza este órgano contralor para determinar la procedencia del refrendo de un contrato administrativo, es de legalidad y no de oportunidad o conveniencia, considerando que no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino que debe circunscribirse a la verificación de los aspectos señalados por ese mismo artículo en los incisos del 1 al 8.

Asimismo, debe destacarse tal y como lo regula el artículo 9 del Reglamento en mención que:

“...Que el análisis de legalidad (...) se circunscribe a los aspectos detallados en el artículo anterior. Por lo tanto, bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración se presume la legalidad de los demás aspectos no abordados en el análisis descrito, los cuales están sujetos a la fiscalización posterior facultativa y en general a las vías ordinarias de impugnación de los actos y contratos, tanto en sede administrativa como judicial (...)

Corresponde a la Administración y al contratista garantizar, según sea el caso, el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual, sin que tales aspectos sean verificados durante el trámite de refrendo. Por lo tanto, el otorgamiento del refrendo sin que la Contraloría General de la República incluya condicionamientos o recordatorios relativos al tipo de requisitos de ejecución antes señalados, en modo alguno exime a las partes de su cumplimiento”.

¹ Ver oficio 13605 (DCA- 3886) de fecha 19 de noviembre de 2007 de la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

III. De los aspectos de relevancia a destacar en el otorgamiento del presente refrendo.

Reseñadas las consideraciones de hecho y de derecho anteriores, a efectos del refrendo que aquí se otorga, este Despacho considera de importancia hacer referencia a los siguientes aspectos de interés:

i) Del expediente utilizado para el otorgamiento del presente refrendo: Se destaca por parte de este órgano contralor que el estudio del contrato sometido a refrendo se realiza a partir del expediente administrativo remitido por la Administración concedente y que corresponde al procedimiento de licitación de marras. La Administración ha afirmado que se trata de un expediente que *“es por lo tanto el original, completo y con la foliatura procedente”*², e incluso ha emitido certificación al respecto, la cual forma parte de los antecedentes de este refrendo.

ii) Del cartel definitivo y utilizado en el estudio realizado: Se indica por parte de esta División de Contratación Administrativa que el estudio de refrendo se ha efectuado teniendo como versión final del cartel la emitida por la Administración en el mes de julio de 2010, la cual se encuentra incorporada en el expediente de licitación en el folio 6985. Se adiciona sobre este tema que el cartel de referencia no fue objeto de recurso de objeción alguno, por lo cual se consolidó en los términos y requerimientos que en él se exponen.

iii) De la posible existencia de un monopolio: Esta Contraloría General desea recalcar ante las argumentaciones que se hayan podido efectuar en cuanto a la posible configuración de la figura del monopolio ante la promoción del presente proceso licitatorio, que este tema fue abordado por parte de este órgano contralor desde la primera ronda de recursos de objeción presentada en el procedimiento. Así, en la resolución R-DJ-008-2009 en lo que interesa se indicó:

“...Primero que todo deviene destacar que el objetante no ha fundamentado su posición de que estemos frente a un monopolio o de que se está dando una violación a la libre competencia, hecho per sé que genera que su recurso deba ser rechazo en este extremo, como efectivamente se hace en este acto. Lo anterior se señala sin perjuicio de agregar que respecto del tema de Monopolios, este órgano contralor, en oficio 4163(DI-AA-1142 del 15 de abril de 2002 en lo que interesa expuso: “...La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el procedimiento de licitación pública, es un procedimiento de resguardo del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados, aumentando la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista. En ese sentido, este Tribunal Constitucional en su Voto No. 0998-98 de a las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, expresó: “... En este orden de ideas, por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre competencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros y que luego se desarrollan. Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo cual se cursa invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar sus ofertas a la administración contratante, con la finalidad de que ésta las estudie, clasifique y adjudique de acuerdo con las condiciones establecidas en el cartel, o declare desierto el concurso, si

² Ver oficio DST-OF-1600-2011 suscrito por el señor Edwin Rodríguez A., Secretario Técnico a.i, Consejo Nacional de Concesiones.

*las mismas no se ajustan a los requisitos establecidos, todo lo anterior, se repite, con el objeto de sanear la administración de los fondos públicos (...) **El interpretar que en el caso presente, aun siendo una contratación producto de un proceso licitatorio público a nivel internacional, se configura una forma monopolística, significa pasar por alto la libertad de competencia y concurrencia que busca resguardar toda licitación pública, y entrar a cuestionar todo el régimen de contratación administrativa desde su nivel constitucional.** Además, en el caso en especie, cabe destacar una serie de características propias del contrato que desvirtúan la calificación de “monopolio” que en sus escritos se le asigna al servicio a brindar por el consorcio adjudicado, entre ellas tenemos: una duración finita en el tiempo a la prestación del servicio, la creación de mecanismos de regulación y control, tanto técnica como financiera, aplicados sobre el contratista y manejados por la Administración, la obligación de la empresa de presentar información ante el MOPT que fundamente el quantum de las tarifas a cobrar, el resguardo de las potestades de finiquito del contrato por parte del Estado, según lo regulado en nuestro ordenamiento, y sobre todo, una pertenencia última y permanente del servicio a la esfera estatal ...”.* (el resaltado pertenece al original). De conformidad con la transcripción hecha, considera este órgano contralor, que en el caso concreto, no se podría hablar de monopolio, por cuanto, se está permitiendo la libre concurrencia en el tanto se ha promovido una licitación pública internacional, debidamente publicada con la intención de recibir ofertas de aquellos potenciales oferentes que tengan interés en la concesión, por lo que no existe violación alguna al Principio de libre participación, aunado a que además, tal y como lo dispone el oficio citado, se tiene una duración finita de la concesión...”.

Como se puede observar en ese momento se concluyó que no se podía hablar de la existencia de un monopolio, pues se daba el respeto a la libre concurrencia con la sola promoción del procedimiento de marras, habiéndose dado publicidad a la invitación a efectos de que terceros interesados presentaran plica si era su interés.

En este mismo orden de ideas, y con relación al mismo tema de la existencia de monopolio, procede destacar que la Sala Constitucional en la resolución No. 4190-2005 sobre el tema de monopolios recalcó:

“...Toda concesión pública es un contrato administrativo efectuado por la Administración con el objetivo de “delegar” en un tercero, sea la prestación de un determinado servicio que le correspondería prestar al mismo Estado, o sea la construcción de una obra pública, pero que por ciertas razones de oportunidad o conveniencia decide solicitar la colaboración a los sujetos particulares. Una de las particularidades de una concesión de servicios públicos es que, quien resulte adjudicatario debe reunir ciertas características personalísimas. No pudiendo, dicho adjudicatario ceder o traspasar a terceros esa concesión. Esto es así porque justamente fueron esas características particulares del adjudicatario las que pesaron a la hora de efectuar la escogencia entre todos los que participaron en la licitación pública. Por otro lado, en cuanto a la decisión de elegir un solo adjudicatario, la Administración Pública tiene la potestad para hacerlo conforme a sus competencias constitucionales y de acuerdo a criterios de oportunidad y conveniencia que no corresponden a esta Jurisdicción analizar. En cuanto al titular del servicio público, es la Administración quien conserva la titularidad del servicio público, aunque sea finalmente un tercero particular el que lo presta. Por eso es que decir que una concesión para la prestación de un servicio público es un monopolio privado tendría un doble contrasentido, tanto de parte del hecho de que sea “privado” porque el Estado, sujeto público, es el verdadero titular del servicio concesionado; como de parte del hecho

de que sea un “monopolio” porque no se trata de una situación de mercado ni de la prestación de servicios privados, sino de una situación dentro del ámbito público para la prestación de un servicio público...”.

Lo anterior permite concluir nuevamente que en el caso concreto, la figura del monopolio no se estaría configurando con el presente proceso licitatorio. Aunado a lo dicho resta destacar que a partir de lo expuesto es claro que la Administración Concedente no pierde la titularidad del Servicio Público que se llegue a prestar, el cual sigue estando en manos del Estado, y este tiene a su vez la obligación de velar por la correcta prestación del servicio³.

Resta indicar que tal y como lo ha hecho ver la Sala Constitucional “... *ningún procedimiento de contratación para la concesión de una obra con servicio público puede conllevar a la transferencia al particular concesionario, de potestades de actuación unilateral de la Administración, en las que mediante el ejercicio de su “imperium” puede actuar en contra de la voluntad de los particulares, quienes deben someterse a sus designios por estar los mismos legitimados por su sujeción al principio de legalidad y su finalidad de atención del interés general...*”⁴.

iv) De las fechas de apertura del concurso: Habiéndose consultado el expediente de la licitación a efectos de conocer la publicidad que se dio en el mismo con relación a la presentación de ofertas ante la Administración Concedente, es menester realizar sobre el tema, un par de acotaciones:

- En cuanto a la fecha de apertura de ofertas fijada para el día 7 de mayo de 2010, cuya variación se dio a conocer en el Diario Oficial La Gaceta hasta el día 11 del mismo mes y año⁵, se debe destacar que de la revisión que este Despacho ha efectuado del expediente administrativo, se puede concluir que no consta que para esa fecha se haya presentado ante la Administración Concedente oferta alguna, ni tampoco que haya habido actuación alguna de parte de aquella de realizar formal acto de apertura al tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual, de haberse dado, en tesis de principio hubiera tenido que concluir con una declaratoria de infructuoso del procedimiento licitatorio ante la inexistencia de ofertas. Por lo tanto, se considera que si bien no se dio a conocer el cambio de fecha de apertura en el momento propio (sea antes del 7 de mayo de 2010), al no haber intención de realizar apertura (pues el 6 de mayo se tomó el acuerdo de que no fuera ese día sino que fuera el día 20 del mismo mes y año), y ante el hecho de no haberse presentado alguna plica al concurso, no puede inferirse que se está ante una situación que invalide el procedimiento de licitación o que cause indefensión, perjuicio, genere ventaja indebida o lesione derecho alguno a un participante⁶.

- En cuanto a la fijación de las fechas de apertura del concurso para las 14:00 horas de 21 de junio de 2010, y para las 14:00 horas del 29 de julio del mismo año, este Despacho destaca que esas fechas no fueron dadas a conocer por la Administración Concedente en el Diario Oficial La Gaceta (o al menos ello no puede ser constatado por este órgano a partir del expediente administrativo remitido), pero sí se puede destacar que ambas fechas fueron comunicadas a varias direcciones de correo electrónico, que se percibe corresponden a direcciones de correo de potenciales oferentes.

³ En igual sentido ver Voto de la Sala Constitucional No. 02319 de las diecisiete horas cincuenta y un minutos del 31 de marzo de 1998.

⁴ Sentencia No. 10492-2004 de las quince horas del 28 de setiembre de 2004.

⁵ Se destaca que en la publicación de fecha 11 de mayo de 2010, visible en el folio 3261 del expediente del concurso, se hace referencia que el 6 de mayo de 2010 en Sesión Ordinaria No. 10-2010 el Consejo Nacional de Concesiones acordó nueva fecha de apertura para el 20 de mayo de 2010.

⁶ Ver para lo que resulte de interés los folios 2832, 2924, 3216 y 3261 del expediente del concurso.

Se debe entonces tener presente a partir de lo dicho que esta División no puede desconocer, ni mucho menos dejar de aplicar, los principios rectores de la Contratación Administrativa al estudiar el refrendo de este procedimiento licitatorio. Ello implica recordar los principios de eficacia y eficiencia de rango constitucional y regulados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa (que resulta de aplicación supletoria a la Ley de Concesiones de Obra Pública con Servicios Públicos), los cuales estipulan que: *“...Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, (...) En todas las etapas de los procedimientos de contratación prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente (...) Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final ...”*.

Al tenor de dichos principios, puede afirmarse que la omisión de un formalismo como el enunciado, que en este caso es, en tesis de principio, la ausencia de publicación de dos fechas de apertura del concurso, no genera impedimento a este Despacho para conceder el refrendo del concurso pues justamente con base en dichos principios es que se puede conservar el procedimiento de contratación promovido, aunado a que no se considera que las omisiones de referencia causen un vicio tal que invalide el procedimiento de licitación promovido⁷.

v) De los requerimientos de información adicional hechos por este órgano contralor: Mediante oficios Nos. DCA-2836 del 28 de octubre de 2011 y DCA-0082 del 17 de enero de 2012, este órgano contralor requirió información adicional a la Administración Concedente. Se destaca que es una facultad que tiene esta División de Contratación Administrativa, a efectos de tener mayor información y documentación a la hora de elaborar el estudio de refrendo y en el tanto se trate de aspectos que se consideran de carácter subsanable. Esta facultad se encuentra amparada en el artículo 13 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, y guarda consistencia con el hecho de que la misma Sala Constitucional ha hecho ver a este órgano contralor el deber de *“señalarle a la Administración activa los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo”*⁸.

vi) De los estudios, permisos u otros relacionados con los aspectos ambientales: En cuanto al tema de la obtención de las licencias, permisos, viabilidades o cualquier otro tipo de instrumento ambiental que deba existir de previo y durante las fases de construcción y explotación del contrato, según lo determine la autoridad competente en la materia, es menester indicar que queda bajo responsabilidad y riesgo de la propia firma concesionaria la obtención del aval correspondiente por parte de dicha autoridad, así como su vigencia durante el lapso de tiempo que sea necesario. Por ende será obligación de la Administración Concedente verificar la obtención de esos permisos, licencias u otros necesarios de obtener para la realización de la concesión adjudicada, sin que recaiga dentro del ámbito de competencia de este órgano contralor la verificación de dichos aspectos durante el trámite del refrendo. Lo anterior de conformidad con lo desarrollado sobre el tema en el apartado IV de este oficio, con relación al capítulo 5, punto 4) y al capítulo 8, punto 11). Además, la Administración Concedente deberá vigilar porque la gestión que realice la Concesionaria ante las autoridades competentes sobre esta materia sea eficiente.

vii) De las tarifas por servicios según contrato: En cuanto al tema de la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste de la misma, así como los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad

⁷ Ver para lo que resulte de interés folios 3263, 3265, y 3346 del expediente administrativo.

⁸ Ver voto de la Sala Constitucional No.14421 de las once horas del diecisiete de diciembre de 2004.

del servicio, de conformidad con el artículo 21 Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, éstos cuentan con criterio técnico positivo de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, según se observa en los folios 925, 1479, 2484, 3603 y 3863-C del expediente de licitación. Por lo tanto, siendo que la competencia en la materia la tiene la Autoridad referida de acuerdo con su ley, este aspecto no compete ser abordado por esta División en el trámite de refrendo.

viii) De los estudios técnicos que recomiendan la adjudicación. Sobre este tema es de relevancia indicar que al amparo de lo regulado en el artículo 8 inciso 3 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, los mismos resultan de exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente. A esos efectos, en adición a los antecedentes de respaldo técnico de esta licitación que serán detallados el apartado IV este oficio, en relación con el capítulo 3, punto 3), se considera como otro estudio técnico de este contrato y a efectos de la adjudicación del mismo, el Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación de la Oferta presentada por APM Terminals Central América B.V. de fecha 18 de febrero de 2011, folio 6232 del expediente de licitación⁹.

ix) De las obligaciones con la Seguridad Social. Esta División destaca que al ser sometido a refrendo el contrato de marras, se acreditó que la empresa APM TERMINALS MOIN SOCIEDAD ANONIMA, se encontraba al día en sus obligaciones con la seguridad social. Ello puede ser constatado en el folio 8822 del expediente de licitación. Se recuerda a la Administración Concedente que es responsable de velar porque dicha sociedad se mantenga al día en sus obligaciones con la seguridad social conforme en derecho corresponda. No se omite manifestar que a la fecha de este refrendo la condición de patrono al día se mantenía, lo cual se constata en los antecedentes de refrendo que tiene en su poder este órgano contralor.

x) Del pago de las especies fiscales: Se deja constancia que según entero bancario del Banco de Costa Rica, No. 12890058 de fecha 26 de julio de 2011, la empresa concesionaria pagó por concepto de especies fiscales un monto de ₡1.243.970.750,00 (mil doscientos cuarenta y tres millones novecientos setenta mil setecientos cincuenta colones). Copia de ese documento consta en los antecedentes de este oficio.

xi) De la Garantía de Construcción: Por concepto de la garantía de referencia, la empresa pagó un monto de USD\$3.465.000,00 (tres millones cuatrocientos sesenta y cinco mil dólares americanos), según certificado de garantía No. G051528 del 26 de julio de 2011 y un monto de USD\$1.032.810,54 (un millón treinta y dos mil ochocientos diez dólares americanos con cincuenta y cuatro centavos), según certificado de garantía No. G-051664 del 2 de febrero de 2012, ambos documentos con vencimiento el día 14 de agosto de 2013. Al respecto, tómense en cuenta esto para considerar cumplido el requerimiento de la cláusula 7.11 del contrato que refiere que el monto de garantía asciende a USD\$4.496.062,49. Es responsabilidad de la Administración velar porque esta garantía se encuentre vigente en monto y plazo durante toda la ejecución contractual.

xii) Del régimen de prohibiciones. La Administración Concedente es responsable de velar porque durante la ejecución del contrato, se respete el régimen de prohibiciones para contratar con el Estado. No se omite enunciar que los señores Christian Moller Laursen y Tiemen Meester en representación de APM TERMINALS CENTRAL AMERICA B.V., rindieron declaración jurada

⁹ Suscrito por la Comisión de Evaluación de Ofertas, los licenciados Alexandra Cerdas Pérez y Wilfredo Mena Tijerino, y los ingenieros José Humberto Zúñiga Jiménez, Julio César Sarmiento Vargas, Luis Fernando Araya Mondragón y Jorge Alfredo Mora Gutiérrez.

que en lo que interesa expone: “... ni nuestra representada, ni los representantes legales, ni sus personeros, ni sus directivos y ni sus accionistas, se encuentran afectados por ninguno de los casos de imposibilidad para contratar con la Administración, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, y el artículo 19 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (...) ni nuestra representada, ni los representantes legales, ni sus personeros, ni sus directivos y ni sus accionistas, se encuentran afectados por ninguno de los casos de imposibilidad para contratar con la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y el artículo 95 del Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos...”¹⁰. Se destaca además que habiéndose consultado el sistema de Compra Red, la empresa APM TERMINALS MOIN S.A. no cuenta con sanciones de inhabilitación, para contratar con la Administración Concedente. Constancia de ese hecho forma parte de los antecedentes de este refrendo.

IV. De los condicionamientos a los que queda sujeto el presente refrendo contralor.

En este apartado, se procede indicar los siguientes condicionamientos a los cuales queda sujeto el refrendo del contrato, detalle que se realiza en forma puntual y para cada uno de los capítulos en que se ha dividido el documento contractual a efectos de un mejor entendimiento.

CAPÍTULO 1. Generalidades del contrato.

- 1) Que en relación con la determinación del capital social suscrito y pagado por la Sociedad Concesionaria, regulado en la cláusula 1.4.1 del contrato, la Administración Concedente señala que la correspondiente valoración jurídica se sustenta en el oficio JASV-028-2011 del Lic. José Antonio Solera Viquez, consultor jurídico del Consejo Nacional de Concesiones¹¹, en tanto que la validación financiera fue rendida mediante oficio JZ-015-2011 del Ing. José Humberto Zúñiga Jiménez, funcionario de ese Consejo. Asimismo, refiere al oficio DJCNC-OF-240-2011 suscrito por el Lic. Mario Granados Barzuna, Director Jurídico a.i del CNC. Mediante los citados documentos la Administración Concedente determina que el capital social de la Sociedad Concesionaria para todo el proyecto de concesión, debe ascender a la suma de USD\$128.298.500,00 (ciento veintiocho millones doscientos noventa y ocho mil quinientos dólares americanos) que constituye el 20% del gasto total proyectado para la construcción de la obra, estimado por el adjudicatario en USD\$641.492.502,00 (seiscientos cuarenta y un millones cuatrocientos noventa y dos mil quinientos dos dólares americanos), de acuerdo con su oferta.

Aunado a lo anterior, indica la Administración Concedente que “analizó el gasto total proyectado para la etapa de explotación de acuerdo al modelo financiero presentado por APM

¹⁰ Ver folio 65 del tomo de oferta denominado Tomo I-A).

¹¹ En lo conducente señala: “De acuerdo con la interpretación del cartel, en estricto apego al artículo 31, inciso 3) de la LGCOP, si la firma adjudicataria desea aportar la totalidad del capital social para todo el proyecto, debe seguirse el criterio expuesto por el MBA José Humberto Zúñiga, Gerente Programa de Iniciativa Privada, en su oficio IP-015-2011 de fecha 26 de mayo del 2011, donde se establece que “el gasto total proyectado para la construcción de la obra de acuerdo a la oferta presentada por APM Terminals Central America durante el proceso de licitación, corresponde a un monto de \$641.492.502,00 (seiscientos cuarenta y un millones cuatrocientos noventa y dos mil quinientos dos dólares) y de acuerdo a lo establecido en el Cartel de licitación en la cláusula 7.5.1, el veinte por ciento de este monto corresponde a la suma de \$128.298.500 (ciento veintiocho millones doscientos noventa y ocho mil quinientos dólares). / (...) En el criterio del suscrito, al constituir la sociedad concesionaria con un capital social de \$128.298.500 (ciento veintiocho millones doscientos noventa y ocho mil quinientos dólares), la firma APM Terminals Central America B.V. habrá cumplido con su obligación legal, por lo que ni los accionistas, ni el Concesionario, tendrán que hacer depósito adicional alguno posterior a la orden del Consejo Nacional de Concesiones.””

Terminals, y determinó que en ningún año de esta etapa se reporta un gasto total proyectado superior a los \$641.492.502,00 monto sobre el cual se suscribió el capital social de la sociedad concesionaria”, razón por la cual concluye que no se “requiere que el Adjudicatario realice ajustes en el capital social durante la etapa de explotación”¹².

En consecuencia, el monto del capital social y los criterios rendidos al respecto, se dejan bajo la responsabilidad exclusiva de esa Administración Concedente.

CAPÍTULO 2. De las disposiciones de carácter general.

- 1) Que en relación con la cláusula 2.10 del contrato, denominada “*Régimen de aplicación a las relaciones jurídicas del concesionario con terceros*”, deberán estarse las partes a lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, en cuanto a que dicha norma dispone: “*En lo referente a derechos y deberes con terceros, el concesionario se regirá por las normas del Derecho Privado. Será responsable ante la Administración concedente por los daños y perjuicios que puedan derivarse de cualquier subcontratación*”.

CAPÍTULO 3. De los documentos que forman parte del contrato.

- 1) Que si bien en el último párrafo de la cláusula 3.1 se indica expresamente que “*Los documentos citados obligan a las partes y serán interpretados de conformidad con los términos de este contrato de Concesión. El Contrato prevalecerá sobre el Cartel de Licitación y este sobre cualquier otro documento no citado en este párrafo*”, se debe precisar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y a mayor abundamiento en los artículos 10 de la Ley de Contratación Administrativa y 4¹³ de su respectivo Reglamento, en tesis de principio el cartel prevalece sobre el contrato, al configurarse como el Reglamento específico de la contratación.

Lo anterior, sin detrimento de las mejoras de oferta que pueda presentar el contratista, que sean debidamente analizadas y justificadas por parte de la Administración, con relación a las condiciones dispuestas en el cartel o bien, de las potestades de modificación unilateral del contrato, como una de las prerrogativas con que cuenta la Administración Concedente.

- 2) Que siendo que en la cláusula 3.1 del contrato fue eliminado lo dispuesto por el cartel en el punto 19, en cuanto a que forman parte del contrato “*Las instrucciones, indicaciones y demás oficios relacionados con la ejecución del Contrato, que en uso de las competencias y facultades legales puede emitir la Administración Concedente*” y ante el hecho de que la Administración Concedente refiere en el oficio DST-OF-1888-2011 que lo señalado en dicho punto son actos de ejecución y que no se estima técnicamente procedente tenerlos como incorporados al contrato, el refrendo se condiciona a que los mismos se encuentren debidamente incorporados al expediente en el momento oportuno, tal y como lo enuncia la misma Administración.

¹² Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

¹³ En el artículo 4 el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se establece el orden jerárquico de las normas a las que se encuentra sujeta la actividad de contratación administrativa, estableciéndose en orden de prioridad, el cartel o pliego de condiciones (inciso h) y luego el respectivo contrato administrativo (inciso i).

- 3) Que en cuanto a los estudios técnicos de este concurso, la Administración Concedente en el oficio citado en el párrafo anterior, señala como antecedentes relevantes para la licitación que da origen al contrato de mérito, el Plan Nacional de Desarrollo Portuario elaborado en el año 1995 por la firma japonesa OCDI, y el Programa para la Modernización del Subsector Portuario de Costa Rica, elaborado por la firma HPC Hamburg Port Consulting GMBH. Asimismo, señala como estudio para fundamentar las bases de la licitación bajo examen, el Plan Maestro para el Complejo Portuario Limón-Moín elaborado por la empresa Royal Haskoning Nederland B.V., y la actualización realizada del estudio de demanda. Todo lo cual se deja bajo responsabilidad de la Administración Concedente.

CAPÍTULO 4. De las obligaciones y derechos generales de la Administración.

- 1) Que en relación con la colaboración para los estudios básicos, regulado en la cláusula 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 4) y Anexo 3 del contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 2), la Administración Concedente señala que originalmente esta medida consistía en la suscripción de un contrato directo para efectos de realizar los estudios básicos, tal y como se consigna en el Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación y en el Acuerdo de Adjudicación. Sin embargo, al momento de la suscripción del contrato de concesión, se planteó como alternativa la ampliación del plazo para la presentación de los diseños y planos definitivos, sin afectar el plazo de 18 meses establecido para el período de transición en pliego cartulario.

Así las cosas, indica esa Administración que posteriormente las partes acordaron que la vía más adecuada para dar cumplimiento al compromiso en comentario, es la ampliación del plazo de presentación de diseños y planos definitivos¹⁴, que pasa de 10 meses a 15 meses según se regula en la cláusula 5.3.1 del contrato, modificación que se deja bajo la responsabilidad de la Administración Concedente. En ese mismo sentido, deberá entenderse lo regulado en el primer párrafo de la cláusula 8.3.1¹⁵.

- 2) Que en cuanto al nombramiento del equipo técnico capacitado, regulado en la cláusula 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 5) y Anexo 3 del contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 3), la Administración Concedente señala que en un primer momento esta medida obedeció a la necesidad de que esa Administración contara con un equipo técnico especializado desde la adjudicación hasta el refrendo contralor, con el ánimo de colaborar de una mejor manera en la consecución del interés público perseguido con este contrato, tal y como se consigna en el Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación y en el Acuerdo de Adjudicación. Sin embargo, con posterioridad las partes convinieron en que la vía más adecuada para dar cumplimiento al compromiso de comentario es mediante la aplicación del fideicomiso en la etapa posterior al refrendo contralor, etapa en la que la Administración Concedente requerirá de un equipo técnico especializado que trabaje durante el periodo de cumplimiento de condiciones precedentes, razón por la cual en el contrato suscrito se dispone la implementación de esta alternativa una vez emitido el refrendo contralor y hasta el cumplimiento del periodo de transición¹⁶, modificación que queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.

¹⁴ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

¹⁵ “El Concesionario, o una Sociedad de su Grupo Empresarial o subcontratista, deberá realizar los estudios básicos de la cláusula 4.1.1 inciso 4, y de conformidad con lo establecido en el acto de adjudicación”.

¹⁶ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

- 3) Que con referencia al tema de que a la Sociedad Concesionaria se le estaría procurando un acceso a las Terminales de Limón y de Moín, según la cláusula contractual 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 7) y Anexo 3 al contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 5), la Administración Concedente ha señalado que dicho acceso está exclusivamente vinculado a garantizar el acceso a los funcionarios del Concesionario y de sus subcontratistas, para efectos de la ejecución de actividades “*estrictamente necesarias para el desarrollo de las obras objeto de una concesión promovida por el Estado costarricense*”¹⁷. Asimismo, de acuerdo con el citado Anexo 3, corresponde a JAPDEVA emitir un acuerdo escrito en el que se autorice de manera simplificada y eficiente el acceso del personal, equipo, vehículos, embarcaciones y materiales relacionados directamente con la ejecución del proyecto del Concesionario.

En atención de lo expuesto, debe advertirse que este órgano contralor entiende que en cuanto a la Terminal de Limón, el acceso que se procuraría lo es en cuanto al sitio de las obras y al área de la construcción, por lo que este refrendo se otorga condicionado a que la Administración Concedente detallará de manera específica las condiciones del acceso de previo a que éste se empiece a dar, teniendo presente siempre que el acceso de referencia no puede ir en detrimento de un adecuado uso y operación de la Terminal, y por ende debe darse en total ajuste y respeto al ordenamiento jurídico que regule la materia.

En otro orden de ideas, tal y como ha señalado la Administración Concedente¹⁸, se entiende que cuando el Concesionario traiga al país materiales, equipos o maquinaria por la vía marítima y que las embarcaciones que traigan esos insumos utilicen los servicios portuarios en la Terminal Moín/Limón, éste recibirá el servicio público como cualquier otro usuario y bajo el régimen tarifario vigente, sin diferencia de trato, aspecto cuyo cumplimiento será responsabilidad de esa Administración.

- 4) Que en cuanto a las obligaciones asumidas por la Administración Concedente relacionadas con la construcción de un nuevo acceso que comunique la Ruta Nacional N° 32 con la entrada al área de la concesión, que se establecen en las cláusulas contractuales 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 9) y 5.2.2 *Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción*, punto 11); así como en el Anexo 3 al contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 7) *Ruta Nacional N° 32*, queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente, el cumplimiento oportuno de estos compromisos, dadas las consecuencias que tendría la no construcción a tiempo de esta obra con las características acordadas, tanto desde el punto de vista de la posible pérdida del descuento asociado a las medidas adicionales indicadas en el Anexo 3 del contrato, como de los posibles atrasos para el Concesionario en la ejecución de las obras.

Sobre el particular, se destacan los siguientes aspectos:

- a) Que queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente contar con el contenido presupuestario suficiente y disponible para atender las erogaciones provenientes de la habilitación del nuevo acceso vial para comunicar la ruta nacional No. 32 con la entrada al área de la concesión según los términos establecidos en la contratación, para lo cual deberán adoptarse las medidas pertinentes (designación de responsables, asegurar la disponibilidad

¹⁷ Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

¹⁸ Ibid.

- de los fondos, cumplimiento de cronogramas, entre otros), para garantizar el cabal cumplimiento de dicha obligación.
- b) Que la Administración Concedente se encuentra obligada a realizar las acciones oportunas y suficientes a efectos de cumplir con las actividades y los tiempos determinados en el cronograma de obras del acceso vehicular, según el documento que fue remitido por el Ing. Carlos Acosta Monge, Director Ejecutivo a.i. del Consejo Nacional de Vialidad, mediante el oficio DIE-08-11-4236 de fecha 11 de noviembre del año 2011, a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, o bien con la eventual versión actualizada de ese cronograma, en caso que esta llegue a existir.
 - c) Que en cuanto a las tres propiedades necesarias para llevar a cabo el proyecto del camino de acceso a la Terminal de Contenedores, debe indicarse que en el citado oficio DST-OF-1888-2011, la Administración Concedente manifestó que se aportaba el convenio suscrito con la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), en el cual dicha Institución permite el paso de dicha carretera a través de un terreno de su propiedad. Sin embargo, debemos indicar que el documento remitido para estudio no se refiere en forma expresa a dicho aval. Sin detrimento de lo anterior, es factible advertir que queda bajo resorte exclusivo de la Administración Concedente garantizar el derecho de vía correspondiente para la consecución de la finalidad propuesta, así como los recursos presupuestarios para atender las indemnizaciones y expropiaciones que se requieran.
 - d) Que será responsabilidad de la Administración Concedente tomar las previsiones para el cumplimiento de este compromiso considerando que los puestos de atraque de la fase 2 A podrían iniciar operaciones con antelación al plazo máximo de construcción de tres años establecido en el contrato¹⁹.
- 5) Que con referencia al tema del área de trabajo que se facilitará al Concesionario por parte de la Administración Concedente, deberá estarse a lo que de seguido se indica:
- a) Que siendo que la Administración Concedente acordará –por medio de un Convenio marco de cooperación–, con el Instituto Costarricense de Turismo (ICT), la facilitación de los terrenos que serán proporcionados por dicha Institución para el desarrollo del proyecto durante las fases de construcción, queda bajo responsabilidad de las partes en mención, especialmente del ICT, verificar la legalidad de las condiciones a través de las que se facilitarán los inmuebles respectivos.
 - b) Que al tenor de lo regulado en las cláusulas 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 11) y 5.2.2 “*Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción*”, punto 12), el área de trabajo que se facilita al Concesionario, durante los periodos de construcción, es de un total de 10 hectáreas. Por ello debe destacarse que si bien en el punto 9) del anexo No. 3, denominado “*Alcances de las medidas adicionales*”, se establece que el área de trabajo que requiere el Concesionario deberá ser de “*al menos*” 10 hectáreas, este Despacho considera, con base en el clausulado de cita y la respuesta rendida en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, que la Administración Concedente únicamente se encuentra obligada a proporcionar a la concesionaria y durante las fases de la construcción, la cantidad de hectáreas en mención. Sobre el particular, es pertinente recordar que en el mencionado

¹⁹ Según lo dispuesto en las cláusulas contractuales 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 13), 8.5.2 *Recepción Definitiva y Orden de inicio de la etapa de Explotación* y 5.7 *Plazo de la concesión*, así como en el Anexo 3 del contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 11).

oficio la Administración Concedente indica que *“Se debe aclarar que de la adquisición de aproximadamente 20.6 hectáreas en la franja costera, únicamente se le otorgarán al Concesionario 10 hectáreas de conformidad con lo indicado en las cláusulas mencionadas por ese órgano contralor en esta consulta puntual. (el subrayado es nuestro). A lo anterior, se le debe adicionar que la misma Administración en el oficio de cita refiere que el área que se adquiera en exceso “pasará a formar parte de una primera adquisición de terrenos de la franja costera en el tramo comprendido entre el emplazamiento en donde se desarrollara la futura TCM y el Puerto Moín, de conformidad con las recomendaciones de Plan Maestro del Puerto Limón-Moín, donde se ubicarían futuros desarrollos de infraestructura portuaria que requiere el país”, aspecto cuyo cumplimiento será resorte exclusivo de la Administración Concedente; lo anterior sin perjuicio de la fiscalización posterior facultativa que compete a este órgano contralor.*

- c) Que es responsabilidad de la Administración Concedente contar con el contenido presupuestario suficiente y disponible para atender las erogaciones provenientes de las eventuales expropiaciones e indemnizaciones que se deban llegar a tramitar, a efectos de procurarse los terrenos necesarios para la consecución de la finalidad propuesta, lo mismo que la realización eficiente de actividad que conduzca a su concreción.
- 6) Aunado a lo indicado en el punto anterior sobre el área de trabajo, toma nota este Despacho de lo manifestado por la Administración Concedente en cuanto a que *“todos los costos asociados al uso efectivo del área bajo examen corresponden al Concesionario, lo que ocurre también con la obtención de los permisos y autorizaciones que sean requeridos para ese propósito. Debe aclararse sin embargo, que en la medida en que para la obtención de esos permisos y autorizaciones las entidades públicas encargadas de otorgarlos requieran la participación del propietario del bien inmueble, será necesario que la Administración colabore con el Concesionario en la obtención de los permisos según sea requerido por las citadas entidades”,* aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente.
- 7) Que en cuanto al inicio de operaciones del primer puesto de atraque, regulado en la cláusula 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 13) y Anexo 3 del contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 11), se tiene que al tenor de lo dispuesto en el capítulo 8 del contrato, cláusula 8.5.2, dicho inicio de operaciones será posible siempre y cuando se haya dado la recepción definitiva de ese primer puesto de atraque de la fase 2A, sea segura su operación y se brinden todos los servicios concesionados, aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

Asimismo, se indica que si bien en el considerando décimo séptimo del Acuerdo de Adjudicación –mismo que refiere al Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación y éste a su vez a la propuesta de las 15 medidas adicionales por parte del Concesionario–, se indica que la medida consiste en iniciar operaciones con el primer puesto de atraque de la fase 2A, una vez que la Administración Concedente haya realizado a satisfacción la recepción provisional del mismo, lo cierto es que dicha manifestación se entiende modificada y plasmada (cláusula 4.1.1 punto 13 en relación con la cláusula 8.5.2) en el contrato suscrito por las partes, en el cual se dispone que para el inicio de operaciones del primer puesto de atraque se requiere que la Administración Concedente haya realizado la recepción definitiva de dichas obras.

- 8) Siempre en relación con el inicio de operaciones del primer puesto de atraque, se tiene que en el Anexo 3 del contrato se establece que esta obligación es considerada por las partes como no

preexistente. Al respecto, entiende este Despacho que si bien en relación con la fase 2 A, la cláusula 5.7 del contrato contempla la posibilidad de *“que la explotación de la obra se podrá dar paulatinamente antes de los tres años indicados, conforme se vayan construyendo los puestos de atraque y existan las condiciones para que cada uno de ellos sea operado de manera anticipada”*, lo cierto es que con ocasión de las medidas acogidas por la Administración Concedente dicha posibilidad se ha tornado en un compromiso cierto y de efectiva realización, variación a partir de la cual las partes manifiestan en el citado anexo que esta obligación será considerada como no era preexistente.

- 9) Que la Administración Concedente, en un afán de garantizar la seguridad de la navegación desde y hacia la Terminal de Contenedores, al tenor de lo señalado al atender la pregunta 4 del Capítulo 4 de nuestro oficio DCA-2836, será la responsable de velar porque el Convenio de Coordinación Interinstitucional suscrito entre JAPDEVA, RECOPE y el MOPT para la interacción y coordinación en el Complejo Portuario de Moín, se ejecute de conformidad con lo pactado.

En punto a este aspecto, debe recordarse que la cláusula 9.1 de la segunda parte del cartel definitivo indica que *“En la eventualidad de que el inicio de la construcción de la TCM se demore por causas no imputables al concesionario y RECOPE se vea en la necesidad de instalar las ayudas a la navegación necesarias para la operación de la Ampliación de Terminal Portuaria Petrolera del Atlántico (ATPPA), al concesionario de la TCM se le ajustarán las inversiones que debía realizar por este rubro y deberá completar las necesarias para su operación”*, lo que resulta consistente con lo dispuesto en la cláusula sexta del citado Convenio²⁰, aspecto cuyo cumplimiento se deja librado a la responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

- 10) Que la Administración Concedente, también con relación al tema de planes de seguridad y vigilancia, cumpla con lo estipulado en el Convenio SOLAS, aprobado mediante Ley No. 8708 y el Código PBIP, aprobado mediante Decreto Ejecutivo No. 31845-MOPT.
- 11) Que en caso que la Administración Concedente no atienda la medida de bancabilidad y las 15 medidas adicionales a las que se comprometió y que sirven de base para el descuento ofrecido por el Concesionario, una vez que se agote el procedimiento destacado en la cláusula 11.8.2. del contrato, la consecuencia última sería la desaplicación de hasta la totalidad del descuento y por lo tanto el retorno a la tarifa original ofertada, sin que esa desaplicación del descuento tenga efectos retroactivos.
- 12) Que en caso que la Administración Concedente incumpla el resto de sus compromisos contractuales no asociados al descuento de manera directa o bien aquellos asociados a los descuentos pero que ya eran preexistentes desde el cartel o bien eran deberes previstos en el marco normativo aplicable a la relación contractual, es decir, aquellos casos en los que los descuentos vienen a actuar como un estímulo adicional para la eficiencia y efectividad en el cumplimiento de obligaciones preexistentes, en estos casos, más allá de las consecuencias en el descuento que ya fueron descritas, tal y como es propio de cualquier relación contractual, los incumplimientos de las obligaciones de la Administración Concedente y que generen daños o

²⁰ Asimismo tómese en consideración que la cláusula 12.8 del contrato, punto 2), dispone que la Administración Concedente tendrá derecho al reequilibrio económico financiero del contrato *“En el caso de que RECOPE o alguna institución del Estado realicen parte de las inversiones que son responsabilidad del Concesionario”*.

perjuicios al contratista, están sujetos al deber de resarcimiento, determinación de incumplimiento que estará a su vez sujeta al procedimiento contractual y al ordenamiento jurídico. La Administración Concedente deberá establecer un plan de abordaje para el efectivo cumplimiento de esas 15 medidas, para que de esa forma se mantenga una menor tarifa en beneficio de los usuarios.

CAPÍTULO 5. De los plazos de la concesión.

- 1) Que en relación con la cláusula 5.2.1 del contrato, denominada “*Plazo del período de transición*”, este Despacho entiende que la modificación efectuada por la Administración Concedente en cuanto a la sustitución del término “*acaecimiento*” por el concepto de “*conocimiento*”, se fundamenta en la explicación otorgada en el oficio DST-OF-1888-2011, en el cual expresamente se indicó: “*Se sustituye en el párrafo tercero la palabra “acaecimiento” por “conocimiento”, por cuanto el plazo debe correr a partir del momento en que se tiene conocimiento de los hechos, ya que estos son ajenos y no imputables al Concesionario. Sería sumamente gravoso y por lo tanto ajeno a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que se inicie el cómputo de un plazo sin que el concesionario tenga razones objetivas para percatarse de que ese plazo está corriendo, dado que no necesariamente está al tanto de la existencia de causales que no le son propias*”.
- 2) Que respecto de la citada cláusula 5.2.1 párrafo tercero y la cláusula 5.5 “*Atraso en el cumplimiento de las condiciones precedentes a la orden de inicio*”, se deberá entender que el plazo con que cuenta la Concesionaria para solicitar la suspensión del período de transición es de 5 días hábiles posteriores al conocimiento del hecho que imposibilita el cumplimiento respectivo, debiendo realizarse la correspondiente solicitud en un momento anterior al vencimiento del período de transición.
- 3) Que en cuanto al punto 3) de la cláusula 5.2.2, denominada “*Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción*”, referido a la aprobación del diseño, los planos constructivos, las especificaciones técnicas y el plan de ejecución, de conformidad con las explicaciones otorgadas por la Administración Concedente en el oficio DST-OF-1888-2011, y con el inciso 4) de ese mismo apartado²¹ del contrato, esta Contraloría General entiende que la aprobación de los planos constructivos por parte del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), se contempla como una condición precedente a la orden de inicio de la fase de construcción, la cual deberá obtenerse dentro del período de transición por parte de la empresa concesionaria.
- 4) Que con referencia al punto 13) de la cláusula 5.2.2 y a la cláusula 5.3.3 denominada *Licencia de Vialidad Ambiental*, ambas del contrato, resulta de importancia reiterar las manifestaciones efectuadas por la firma concesionaria en el oficio sin número suscrito el día 21 de noviembre del año 2011, aportado como parte del Anexo 1 del oficio DST-OF-1888-2011, en el cual, entre otras cosas, indicó: “*En cuanto a la pregunta No. 11 de la Contraloría General, correspondiente al Capítulo 5 del Contrato, estamos de acuerdo con el enfoque de la respuesta prevista por el Consejo Nacional de Concesiones, en el sentido de que la obtención de la viabilidad ambiental definitiva está en la esfera de responsabilidad del concesionario por lo que si se produce una denegatoria firme y definitiva por parte de la autoridad competente, imposible de superar por medios administrativos o judiciales legítimos, el contrato de concesión no podría ejecutarse, con la consecuencia de que el concesionario no podrá*

²¹ El inciso 4 de la cláusula 5.2.2 dispone como condición precedente la “*Aprobación por parte de las autoridades competentes de los permisos que debe tramitar el Concesionario para el inicio de la construcción de las obras*”.

formular reclamaciones patrimoniales en contra de la Administración concedente. Asimismo, en caso de que la no obtención de la citada viabilidad obedezca a causas imputables en exclusiva al concesionario, este podría enfrentar la ejecución de la garantía de construcción rendida para la fase de condiciones precedentes, previa aplicación del debido proceso” (el subrayado no es del original).

- 5) Que en relación con el plazo para la aprobación de los planos constructivos finales por parte de la Administración Concedente, que se regula en la cláusula 5.3.1 *Estudios técnicos, planos y permisos definitivos*, su razonabilidad queda librada a la responsabilidad exclusiva de esa Administración, la cual deberá tomar oportunamente las medidas necesarias para cumplir su obligación dentro del término establecido, sin detrimento del análisis cuidadoso que debe realizar.
- 6) Que en cuanto a la cláusula 5.7 denominada “*Plazo de la concesión*”, se deberá entender que los plazos de construcción ahí dispuestos para las fases 2B.1 y 2B.2, complementan lo expresado en los apartes b) y c) de la cláusula 8.3 “*Obras a realizar por el concesionario*”, en lo atinente al tiempo con que cuenta la Concesionaria para efectuar las labores constructivas correspondientes a dichas fases de construcción.

CAPÍTULO 6. Régimen de riesgos.

- 1) Que respecto de los riesgos ambientales, el cartel²² contemplaba que el oferente debía considerar en su propuesta medidas de mitigación para la construcción de la obra, por una suma equivalente al 1% del valor de las obras a realizar en cada fase. Asimismo, si las medidas impuestas por SETENA superaban dicho monto, el Concesionario tendría derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, siempre y cuando ese mayor costo no hubiera sido cubierto por las reservas de imprevistos y trabajos preliminares. Lo anterior implicaba que la Administración Concedente, compartía bajo determinadas condiciones, el riesgo de que las medidas de mitigación aprobadas por SETENA fuesen superiores al monto contemplado en la oferta para tales efectos.

No obstante lo anterior, según se aprecia en la cláusula 6.3.5 del contrato “*el riesgo del costo del Estudio de Impacto Ambiental y de sus consecuentes medidas de mitigación, ha sido transferido al Concesionario*”²³, de forma tal que se entiende que diferencias en el costo de las medidas de mitigación aprobadas por SETENA en relación con el respectivo monto presupuestado por el Concesionario, no generan derecho al reequilibrio del contrato.

Ahora bien, según se regula en la citada cláusula, en caso de medidas de mitigación adicionales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por SETENA, es decir medidas sobrevinientes, el riesgo del Concesionario será hasta por la totalidad del monto consignado en el rubro de imprevistos del renglón 8.1 denominado “*Viabilidad ambiental y costo de obras de mitigación*” del formulario 12 de la oferta, según la fase constructiva correspondiente. De esta forma el riesgo que asume la Administración Concedente será únicamente en caso de medidas de mitigación adicionales que se requieran de manera sobreviniente y siempre y cuando el respectivo costo no pueda ser cubierto por el monto asignado al rubro de imprevistos de conformidad con los términos indicados en la supracitada cláusula 6.3.5.

²² En el borrador del contrato contenido en el cartel los riesgos ambientales se regulan en la cláusula 6.3.1.

²³ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

En vista de lo expuesto, no se observa que el tratamiento de los riesgos ambientales acordado en el contrato suscrito por las partes, implique una desmejora para la Administración Concedente en relación con la distribución de riesgos contemplada en el pliego cartelario. Así las cosas, la presente aprobación se da en el entendido que los costos del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) requerido para obtener la viabilidad ambiental definitiva, así como la ejecución y costos de las respectivas medidas de mitigación aprobadas por SETENA, corresponden a la esfera de riesgo del Concesionario.

Asimismo, queda bajo resorte exclusivo de la Administración Concedente implementar las acciones que resulten pertinentes para llevar el control de las medidas de mitigación sobrevinientes que sean cargadas al rubro de imprevistos ofertado para cada fase constructiva.

- 2) Que en cuanto a la posibilidad de reconocer incrementos en los costos de construcción de las obras de la fase 2A que no se concluyan dentro del plazo de seis años siguientes a la recepción de las ofertas, por situaciones no imputables al Concesionario, así como el eventual reconocimiento de los incrementos en los costos de construcción de las fases 2B y 3, en caso que éstos superen las previsiones que en materia de escalamiento de precios están contenidas en las proyecciones financieras contempladas en la oferta adjudicada, la Administración Concedente señala que *“en la redacción final del contrato que se ha sometido a refrendo, se ha hecho una excepción al riesgo de los costos de construcción, para los casos de las etapas 2B y 3, cuya proyección en el tiempo, por disposición cartelaria, expone al concesionario a riesgos mayores a los normales para la etapa inmediata de construcción de la fase 2A (salvo que también esta etapa sufra desfases no imputables al concesionario). No es lo mismo ofrecer un precio para una etapa inmediata de construcción, que proyectar los costos de fases que se desarrollarán varios años después y ya durante la etapa de explotación. Se estima que este elemento constituye una variable que exige un tratamiento diferente en materia de riesgos de costos de construcción y que eso no solo es legítimo sino mandatorio desde la óptica del artículo 45 de la Constitución Política”*²⁴.

Aunado a lo anterior, agrega la Administración Concedente que no hay jurisprudencia constitucional que apunte en el sentido de que en contratos de concesión de obra pública exista una exclusión de principio de intangibilidad patrimonial derivado del artículo 45 de la Constitución Política, mismo que ha sido reconocido en el régimen de la contratación pública en diferentes resoluciones de la Sala Constitucional²⁵.

Al respecto, este Despacho toma nota que la cláusula 4.10.2 del pliego cartelario, efectivamente dispone que para efectos del Plan de Construcción, el oferente tenía que considerar que la fase 2A, correspondiente a los dos primeros puestos de atraque, debería construirse en un plazo de 36 meses contados a partir de la emisión de la orden de inicio para la concesión, la fase 2B que corresponde al tercer puesto de atraque, debería construirse en un plazo de 120 meses contados a partir de la orden de inicio de explotación de los dos primeros puestos de atraque ya mencionados, en tanto que la Fase 3 debería estar concluida y en operación al menos seis meses antes de la terminación de la concesión, estructuración del negocio que considera la Administración Concedente genera un riesgo que debe ser compartido entre las partes.

En ese sentido, se observa que el cartel definitivo contempla un régimen de riesgos en el cual la Administración Concedente asume el riesgo por los incrementos de costos de la parte

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

proporcional de las obras de la fase 2A que no llegue a construirse en el plazo de cinco años a partir de la presentación de la oferta –nótese que para efectos del contrato las partes ampliaron este plazo a seis años–, así como los incrementos de costos de las fases 2B y 3 que superen la previsión del 3% por escalamiento de precios contenida en la oferta.

Por tanto, entiende este Despacho que el reconocimiento de incrementos en los costos de construcción en este caso en concreto, obedece a la forma en que fue estructurada la concesión, lo que conllevó a establecer una distribución de riesgos que respondiera a la obligación del Concesionario de construir las obras en un esquema de fases distribuidas a lo largo de los 33 años de concesión, todo lo cual se plasmó en el cartel definitivo, que representa las reglas bajo las cuales el adjudicatario presentó su oferta.

En atención de lo expuesto, la presente aprobación se da en el entendido que la estructuración del negocio y el régimen de riesgos que como resultado se incorporó en el cartel definitivo de esta contratación, es un aspecto que se deja librado a la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente. Asimismo, se advierte que los eventuales reconocimientos regulados en la cláusula 6.3.1 del contrato, refieren a riesgos en el incremento de los costos de construcción (escalamiento de precios) y no al riesgo de variaciones en las cantidades de obra, por cuanto la estimación de éstas es un riesgo inherente al Concesionario al momento de ofertar.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con la cláusula contractual de marras, para efecto de los eventuales reconocimientos de incrementos de costos de construcción es necesario que el Concesionario demuestre el desequilibrio alegado, según las reglas contractuales dispuestas en el capítulo 12 del contrato y que se realice el análisis integral en los términos dispuestos en el párrafo cuarto de la citada cláusula, aspecto cuyo cumplimiento es responsabilidad de la Administración Concedente y queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

- 3) Que este Despacho, considerando las cláusulas 6.3.1 y 6.4.3 que hacen referencia al término “costos de construcción”, entiende que los mismos, al tenor de lo regulado en el Capítulo 2 del contrato que se encarga de definir dicho término, no incluyen el costo del equipamiento, sino únicamente los costos de infraestructura contemplados en la oferta.
- 4) Que en cuanto al reconocimiento de incrementos en los costos de construcción previsto en el contrato, si la construcción de la Fase 2 A se extiende más allá de los seis años por situaciones imputables al Concesionario, los posibles incrementos en los costos de construcción que se den en la parte proporcional de las obras que no se concluyan dentro de ese plazo, igualmente deberán ser asumidos por el Concesionario y no serán motivo para solicitud de reequilibrio económico financiero del Contrato.
- 5) Que con referencia a las previsiones en materia de escalamiento de precios contenidas en las proyecciones financieras contempladas en la oferta adjudicada, la Administración Concedente manifiesta que la previsión del oferente por ese concepto es de un 3%²⁶, aspecto que deberá tomar en consideración esa Administración para efectos de eventuales solicitudes de equilibrio financiero del contrato, amparadas en la cláusula 6.3.1 del contrato.

²⁶ Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

- 6) Que este Despacho requirió información en cuanto a lo que ocurriría con el eventual reconocimiento de incrementos en los costos de construcción, si el escalamiento de precios real es menor al proyectado de oferta. Al respecto, manifiesta la Administración Concedente que *“en la redacción final propuesta de la cláusula 6.3.1, se remite al Capítulo 12 del Contrato, en el que de particular importancia para los efectos de esta inquietud de la Contraloría General, debe considerarse lo previsto en la cláusula 12.9”*²⁷. Así las cosas este refrendo se otorga en el entendido que la Administración Concedente implementará los mecanismos de control necesarios sobre el escalamiento de precios en este contrato; lo anterior para requerir, amparada en la cláusula 12.9 citada, cuando corresponda, el reequilibrio económico financiero del contrato a favor de la Administración Concedente. Este aspecto se deja librado bajo responsabilidad exclusiva de esa Administración, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

CAPÍTULO 7. Régimen general de las garantías a cargo del Concesionario.

- 1) Que respecto de la cláusula 7.11 del contrato, sea la garantía de construcción, específicamente la rendida en la actualidad (que abarca desde el momento de suscripción del contrato y hasta la emisión de la orden de inicio de la concesión) y en relación con lo indicado por la Administración Concedente en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, se entiende que el monto de la misma está vinculado a los costos de construcción y que los costos de reparación, conservación y ampliación, en la medida de su eventualidad, serán cubiertos por las pólizas de seguros, independientemente de la fase de ejecución contractual que se trate. En consecuencia, el monto de esta primera garantía de construcción y las valoraciones realizadas sobre el particular, se dejan bajo la responsabilidad exclusiva de esa Administración Concedente. Adicionalmente, en razón del desarrollo por fases del presente contrato y en forma oportuna, igualmente la Administración Concedente deberá velar porque antes del inicio de construcción de cada una de las fases, estas se encuentren debidamente cubiertas por la garantía de construcción correspondiente.
- 2) En relación con la cláusula 7.13 del contrato, denominada *Garantías ambientales* y su relación con la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N° 7554 de 4 de octubre de 1995, se deberá estar a la fijación de esas garantías, según determinación oportuna que realice la SETENA para cada una de las etapas que conforman la concesión, con motivo del análisis del estudio de impacto ambiental.

CAPÍTULO 8. De las bases técnicas de la construcción de las obras.

- 1) Que sobre las condiciones y responsabilidades que asumen las partes en relación con los trabajos de dragado estipulados para la presente concesión, la Administración Concedente realizó una serie de aclaraciones en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, manifestaciones a partir de las cuales debe entenderse lo siguiente para los efectos de este contrato:
 - a) Que el Concesionario determinó las profundidades del canal de acceso y dársenas en las diferentes etapas del proyecto, que garantizan la operación segura de los buques Panamax en un inicio y posteriormente a partir de la Fase 2B, buques Post-Panamax.

²⁷ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

- b) Que la Administración Concedente ha verificado el volumen de material de dragado y de relleno propuesto por el Concesionario en su oferta, lo cual queda bajo su entera responsabilidad, y concluye que las cantidades son razonablemente similares a las estimadas por esa Administración y por tanto aceptables para la correcta ejecución del proyecto de la TCM.
- c) Que la Administración Concedente ha realizado varias verificaciones adicionales como las dimensiones en planta y alzado incorporados en la oferta con base en el barco de diseño tipo Panamax y el precio unitario ofrecido para la actividad de dragado por el Concesionario. También se verificó que dichas inversiones y el momento en que se realizarán, están contempladas en el modelo financiero propuesto y por tanto en la tarifa cotizada.
- d) Que en razón de las variables atmosféricas y el clima marítimo en general de la bahía de Moín, los resultados de los modelos hidráulicos y operativos que se apliquen por parte del Concesionario podrían arrojar la necesidad de realizar ajustes en el alineamiento y profundidades del canal de acceso y dársenas, que *“podrían originar un aumento en el volumen de material a dragar, pero no una disminución en virtud de la necesidad y demanda del material de relleno que se requiere para la ejecución en cada una de las fases”*.
- e) Que los eventuales incrementos en el volumen de material a dragar, son parte de los riesgos de construcción que deberá asumir el Concesionario sin afectar la tarifa por estas razones.

Al respecto, considera la Administración Concedente, que de acuerdo con las valoraciones anteriores y teniendo que el Concesionario deberá realizar estudios adicionales para determinar las condiciones y detalle del suelo, es pertinente y favorable a los intereses del fin público que se persigue la presente concesión, que el riesgo del dragado y sus volúmenes sean asumidos enteramente por el Concesionario. De tal manera que se ha incorporado al régimen de riesgos del contrato, particularmente a la cláusula 6.3.1, el siguiente párrafo: *“Finalmente, los riesgos relativos al dragado son del Concesionario y la tarifa adjudicada no se verá afectada por posibles variaciones menores o mayores en los volúmenes a dragar”*.

En consecuencia, entiende este Despacho que la Administración Concedente realizó las valoraciones técnicas pertinentes respecto de las condiciones de dragado y relleno contenidas en la oferta del Concesionario, a partir de los cuales determinó que los resultados del modelo hidráulico podrían generar el riesgo de mayores volúmenes de dragado, pero no así una disminución de éstos, de forma tal que esa Administración ha llegado a la conclusión de que el Concesionario es quien está en mejor posición de administrar ese riesgo correctamente y por ende, las partes han dispuesto en el contrato que los riesgos del dragado sean asumidos enteramente por el Concesionario. Todo lo cual se deja librado a la responsabilidad exclusiva de esa Administración Concedente, bajo el análisis efectuado y resumido en líneas supra.

En esa misma línea queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente el enunciar que, a partir de las valoraciones reseñadas, la lectura pertinente del punto cartelario 1.5 sería la que se indica en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, folio 40.

- 2) Que en relación con la fase 2B.2, la Administración Concedente señala que se trata de un adelanto de la fase 3 y que la razón para el adelanto de la citada fase 2B.2, *“se debe a que el material dragado durante la construcción de las fases 2A y 2B.1 es el indicado para ser*

utilizado en la construcción de la fase 2B.2. Eso supone que las áreas de recuperación que utilizará la fase 2B.2 se logran aprovechando el despliegue de los equipos especializados en la construcción de los diques de confinamiento, dragado y relleno realizados en las fases 2A y 2B.1. Esta circunstancia hace que el concesionario en su oferta haya propuesto este adelanto parcial de la fase 3 que se ha denominado 2B.2, pues de esta manera se hace más eficiente el proceso constructivo, lo que sin duda está acorde con el principio constitucional de eficiencia que rige la contratación administrativa según lo dispuesto por la Sala Constitucional en la Resolución No. 14421-2004²⁸. Por lo tanto, entiende este Despacho que la Administración Concedente realizó las correspondientes valoraciones técnicas de la oferta del Concesionario, a partir de lo cual acepta el adelanto parcial de las obras de la fase 3, denominado fase 2B.2, con el propósito de lograr un mejor aprovechamiento de los equipos instalados y del material dragado, aspecto que se deja librado a la responsabilidad de la Administración Concedente.

- 3) Que en cuanto a las condiciones que se establecen para el Concesionario en la cláusula 8.3.1 del contrato, denominada *Requisitos Técnicos Mínimos (RTM)*, referentes al diseño de las obras y los planes de mantenimiento, queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente la aprobación de las recomendaciones estándar internacionales para las obras marítimas y portuarias contenidas en la oferta del Concesionario. Asimismo, será responsabilidad de esa Administración exigir al Concesionario la utilización de esas recomendaciones estándar internacionales, entre otras, los códigos de diseño, referencias y estándares que se citan en el supracitado oficio No. DST-OF-1888-2011. Además, la Administración Concedente deberá asegurarse de que en el proceso de diseño y elaboración de los planes de mantenimiento, se utilicen las versiones más actualizadas de dicha normativa.
- 4) Que aunado a lo anterior, será responsabilidad de la Administración Concedente verificar que las obras efectivamente se diseñen para una vida útil mínima de 60 años y que la probabilidad de falla durante la vida útil no sea superior al 10% tal como se establece en la cláusula 8.3.1 contractual, parámetros cuya determinación igualmente se deja bajo la responsabilidad de esa Administración.
- 5) Que en esa misma cláusula 8.3.1 se dispone que “*En la eventualidad de que el inicio de la construcción de la TCM se demore por causas no imputables al concesionario y RECOPE se vea en la necesidad de realizar los trabajos de dragado capital del canal de acceso necesario para la operación de la Ampliación de Terminal Portuaria Petrolera del Atlántico (ATPPA), al concesionario de la TCM se le ajustarán las inversiones y los volúmenes a dragar, en el caso que sea procedente, y deberá realizar los trabajos de dragado adicionales y necesarios para su operación*”, lo que resulta consistente con lo dispuesto en la cláusula tercera del Convenio de Coordinación Interinstitucional suscrito entre JAPDEVA, RECOPE y el MOPT para la interacción y coordinación en el Complejo Portuario de Moín, aspecto cuyo cumplimiento se deja librado a la responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor²⁹.
- 6) Que la recepción provisional del primer puesto de atraque de la fase 2A, regulada en la cláusula 8.5.1 del contrato, denominada *Recepción Provisional*, no generará derechos ni

²⁸ Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

²⁹ Asimismo tómesse en consideración que la cláusula 12.8 punto 2) dispone que la Administración Concedente tendrá derecho al reequilibrio económico financiero del contrato “*En el caso de que RECOPE o alguna institución del Estado realicen parte de las inversiones que son responsabilidad del Concesionario*”.

obligaciones para el Concesionario en términos de explotación de ese puesto de atraque, pues éstos surgen a partir de la recepción definitiva prevista en la cláusula 8.5.2, lo anterior según lo indica la Administración Concedente en el oficio No. DST-OF-1888-2011. En ese mismo sentido deberá estarse a lo indicado en el punto 7) del capítulo 4 del numeral IV del presente oficio.

- 7) Que en relación con la autorización para la puesta en servicio del primer puesto de atraque de la fase 2A, según se establece en la cláusula 8.5.2, denominada *Recepción Definitiva y Orden de inicio de la etapa de Explotación*, queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente verificar que las condiciones de operación sean razonables al momento de otorgar dicha autorización, lo cual se deberá hacer en concordancia con los planos y diseños finales aprobados para esta fase constructiva, en los cuales se deberá indicar el avance que deberán tener para entonces las actividades constructivas cruciales tales como el rompeolas, el dique de confinamiento, y el área de patios para las operaciones portuarias. En punto a este aspecto, se toma nota de lo indicado por la Administración Concedente en cuanto a que para la entrada en operación del primer puesto de atraque, *“tanto el rompeolas y diques de confinamiento del relleno deberán estar concluido [sic] en la longitud establecida en la Fase 2A. Asimismo, el primer puesto de atraque en una longitud de 300 metros y el patio correspondiente para dichos puestos deberán estar concluido y operativo, todo de conformidad con los diseños finales que presente al Concesionario a la Administración Concedente para su aval”*³⁰, aspecto cuyo cumplimiento será resorte exclusivo de esa Administración.
- 8) Que en relación con el párrafo final de la cláusula 8.5.2 de las explicaciones dadas por la Administración Concedente en el supracitado oficio No. DST-OF-1888-2011, se entiende que la Programación Semanal que realiza la Autoridad Portuaria, contempla tanto el uso del canal de acceso como de las terminales portuarias.
- 9) Que la razonabilidad de los plazos establecidos para efectuar la recepción provisional y recepción definitiva de las obras, así como la prórroga de los mismos, según lo establecido en las cláusulas 8.5.1 y 8.5.2, queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente. Asimismo, se indica que la prórroga es un recurso que deberá valorar la Administración si lo utiliza o no según sea la complejidad de los asuntos que deban ser verificados para la aprobación correspondiente. No obstante, se señala, adicionalmente, la obligación de la Administración Concedente de dar el seguimiento permanente a la ejecución de las obras, de tal manera que se garantice su correcta ejecución durante todo el proceso constructivo, y no quede para el final la revisión de éstas, en relación con la recepción provisional y definitiva.
- 10) Que se entiende que en relación con la cláusula 8.5.3 del contrato, denominada *Inicio de operaciones de la Obra concesionada*, al hacer referencia en el punto 2) a la cláusula 0 inciso 9), lo correcto es cláusula 4.1.1 mismo inciso, lo anterior con fundamento en el hecho de que se entiende que es un error material, por cuanto revisándose el contrato suscrito el 30 de agosto de 2011, lo señalado es justamente la cláusula 4.1.1 para la cual la Administración Concedente no ha indicado a esta Contraloría General modificación alguna.
- 11) Que con referencia al punto 1) de la citada cláusula 8.5.3, resulta de importancia reiterar las manifestaciones efectuadas por la firma concesionaria en el oficio sin número suscrito el día 21

³⁰ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

de noviembre del año 2011, aportado como parte del Anexo 1 del oficio DST-OF-1888-2011, en el cual señala que *“En cuanto a la pregunta No.13 de la Contraloría General, correspondiente al Capítulo 8 del Contrato, estamos de acuerdo con el enfoque de la respuesta prevista por el Consejo Nacional de Concesiones, en el sentido de que la obtención de la licencia ambiental señalada por el órgano contralor, está en la esfera de la responsabilidad del concesionario por lo que el deber de colaboración al que se hace mención en el texto citado por la Contraloría General no exime al concesionario del cumplimiento de sus obligaciones”*.

CAPÍTULO 11. Del régimen económico, obligaciones y derechos financieros del Concesionario.

- 1) Que deberá entenderse que la administración temporal a la que se refiere el punto 1) de la cláusula 11.2.2.1 del contrato, denominada *Procedimiento de Ejecución del Fideicomiso de Garantía*, no releva al Concesionario de su responsabilidad de frente a la Administración Concedente, pues en el momento de implementar esa administración temporal no ha operado la cesión de los derechos y obligaciones del contratista.
- 2) Que en cuanto al tercero propuesto por el fiduciario para la mencionada administración temporal, de lo manifestado por la Administración Concedente en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, se entiende que aquella asegurará que independientemente que la sustitución del Concesionario sea parcial o total, en ningún caso podrá existir una desmejora en las condiciones técnicas requeridas originalmente al Concesionario.
- 3) Que será responsabilidad de la Administración Concedente verificar que el contrato de fideicomiso que llegue a constituir el Concesionario, regule el procedimiento de ejecución de la propiedad fideicometida en los casos de extinción del contrato por causas ajenas al Concesionario, por razones imputables a éste –incluyendo el incumplimiento de sus obligaciones con los acreedores del proyecto– y por eventos de fuerza mayor y caso fortuito. Aunado a lo anterior, igualmente será responsabilidad de esa Administración tomar las decisiones, implementar las medidas y realizar los análisis necesarios para vigilar que el esquema de fideicomiso que se llegue a constituir, se apegue estrictamente al contrato de concesión y al bloque de legalidad, aspectos que quedan sujetos a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General.
- 4) Que con relación al acuerdo directo que suscribirá la Administración Concedente con los acreedores del proyecto, cláusula 11.3 del contrato, esta Contraloría General entiende que el no suscribir dicho acuerdo no exime al Concesionario de sus obligaciones en materia de financiamiento y que la consecuencia para la Administración Concedente sería la desaplicación de un máximo de \$3 del total del descuento ofrecido por el Concesionario.
- 5) Que se entiende que en la página 64 del contrato suscrito el 13 de febrero de 2012, el título *Metodología para la fijación de las tarifas* corresponde a la cláusula 11.8.1; lo anterior se señala con fundamento en el hecho de que se entiende que la omisión del número de esta cláusula en la redacción de ese contrato es un error material, por cuanto revisando la versión firmada el 30 de agosto de 2011, sí tenía numeración para el tema señalado.
- 6) Que en referencia al párrafo cuarto de la cláusula 11.8.2 del contrato, denominada *Sobre el cobro de tarifas máximas aprobadas por la ARESEP*, se deberá tomar en cuenta que el alcance de las medidas adicionales ha sido detallado por las partes mediante el anexo 3 del contrato,

asimismo deberá considerarse lo indicado por este Despacho en los puntos 1), 2) y 7) del capítulo 4, numeral IV del presente oficio.

- 7) Que en el numeral 1) del cuadro contenido en la citada cláusula 11.8.2 se deberá entender que el descuento de USD\$23 (veintitrés dólares americanos) por contenedor corresponde a USD\$3 (tres dólares americanos) por concepto de la medida de bancabilidad y USD\$20 (veinte dólares americanos) por las quince medidas adicionales.
- 8) Que en relación con la cláusula 11.8.3 del contrato, denominada *Políticas Comerciales*, se entiende que la participación de la Administración Concedente será en el sentido de ejecutar una verificación oportuna del comportamiento de los ingresos, así como de llevar a cabo las debidas labores de fiscalización a efecto de verificar que los descuentos y otras prácticas comerciales implementadas implican una afectación positiva a los ingresos y que las tarifas fijadas como resultado no sean discriminatorias o no remunerativas.
- 9) Que en lo que se refiere al término “tarifa máxima autorizada” indicado en la cláusula 11.8.4 del contrato, denominada *Parámetros de medición de la calidad del servicio*, se entiende que será la tarifa adjudicada de USD\$223 (doscientos veintitrés dólares americanos) por contenedor en el tanto opere la totalidad del descuento, o de hasta USD\$246 (doscientos cuarenta y seis dólares americanos) por contenedor en caso de desaplicarse el descuento³¹.
- 10) Que en cuanto a las medidas de remediación que se adopten en caso de incumplimiento reiterado de los parámetros de calidad, párrafo final de mencionada cláusula 11.8.4, según lo indicado por la Administración Concedente, se tiene que en caso de “*no corregirse la situación por la vía del plan de remediación, el Concesionario seguirá expuesto a las multas y demás sanciones ya previstas en el Contrato por incumplir con los parámetros de calidad*”³², así las cosas entiende este Despacho que aún con un plan de remediación implementado, la evaluación del cumplimiento de los parámetros de calidad se mantiene sin modificación, aspecto cuyo cumplimiento será responsabilidad de esa Administración.
- 11) Que en relación con el primer puesto de atraque de la fase 2A, en el período de tres meses que la Administración Concedente ha denominado periodo inicial de entrenamiento, el servicio suministrado por el Concesionario deberá guardar estándares mínimos de calidad, aspecto cuya verificación de cumplimiento será responsabilidad de la Administración Concedente.
- 12) Que en relación a la cláusula 11.14 denominada “*Fideicomiso para los cánones de fiscalización de la concesión, seguros, reserva de inversión de fase 3 y contribución para el desarrollo socio-económico*”, los contratos de fideicomiso que lleguen a suscribirse no deberán someterse al trámite del refrendo contralor, en el tanto los recursos que les sean aportados provengan exclusivamente de fondos privados³³. Aunado a lo anterior, será responsabilidad de la Administración Concedente realizar los análisis pertinentes para verificar que el esquema de

³¹ En punto a este aspecto, mediante nota de fecha 21 de noviembre de 2011, aportada durante el trámite de refrendo, como parte del Anexo 1 del oficio DST-OF-1888-2011, el Concesionario manifiesta que “la “tarifa máxima actualizada” a la que se hace referencia, es la tarifa que se adjudicó, que incorpora el descuento ofertado, en el entendido de que los descuentos pueden desaplicarse por incumplimiento de la Administración, y por lo tanto la tarifa podrá retornar a los términos de la oferta original”.

³² Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

³³ Al respecto ver el oficio No. 01634 (DCA-0370), de fecha 20 de febrero de 2012, emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

fideicomiso que constituya el Concesionario, se apegue estrictamente al contrato de concesión y al bloque de legalidad, aspectos que quedan sujetos a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General.

- 13) Que en cuanto al canon de fiscalización para cada una de las fases de construcción, regulado en la cláusula 11.14.1.1 del contrato, su cobro se realizará de acuerdo con las reglas contractuales, a partir de la orden de inicio de construcción de la Fase 2A y así sucesivamente para cada una de las fases.
- 14) Que aunado a lo anterior, en lo que se refiere al canon de fiscalización para la fase de explotación, canon por la explotación de la concesión así como contribución para el desarrollo regional, regulados en las cláusulas 11.14.1.2, 11.14.2 y 11.14.3 del contrato, su cobro empezará a realizarse de acuerdo con las reglas contractuales, a partir de la orden de inicio de operación del primer puesto de atraque de la fase 2A.
- 15) Que la Administración Concedente, a través de las personas responsables de la ejecución y fiscalización de este contrato, sean diligentes de manera que se dé especial énfasis y atención en lograr el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por ella para mantener la tarifa de USD\$223,00 (doscientos veintitrés dólares americanos) por contenedor estipulada en el contrato.
- 16) Que siendo que el cartel definitivo establece que el Plan de Construcción³⁴ contempla la obligación de realizar varias fases constructivas a lo largo del plazo de la concesión y que a su vez ese mismo pliego cartelario, señala que la estructura tarifaria aprobada por ARESEP considera el *“Monto de las inversiones a realizar en el proyecto durante todo el periodo de la concesión”*³⁵, entiende este Despacho que tanto la estructura tarifaria elaborada por la Administración Concedente y que contó con criterio técnico positivo de la ARESEP, así como la oferta económica del concesionario, contemplan una estructura de tarifas para todo el plazo de la concesión –salvo la indexación regulada– que permite al Concesionario recuperar las inversiones de todas las fases constructivas. Así las cosas, esa Administración deberá determinar cuál es la porción de las tarifas destinada a la amortización de las inversiones de cada una de las fases que contempla el proyecto, así como implementar los controles necesarios que le permitan contar con información oportuna y suficiente para determinar el saldo amortizado y no amortizado de las inversiones según cada fase constructiva. Lo anterior deberá cumplirse de previo a emitir la orden de inicio de construcción de la fase 2 A.

CAPÍTULO 12. Del mantenimiento de equilibrio económico-financiero del contrato y su renegociación.

- 1) Que sobre los eventos onerosos que se definen en la cláusula 12.5 del contrato, la Administración Concedente señala que *“dependiendo del tipo de evento oneroso de que se trate, puede ser que no solo incida negativamente en el equilibrio económico financiero, sino que a su vez constituya, tal y como la definición lo expone, una causa de imposibilidad de ejecución del contrato, ya sea temporal o permanente”*³⁶, regulándose la primera situación en

³⁴ Cláusula 4.10.2 de la primera parte del cartel definitivo y cláusula 8.3 de la segunda parte de ese mismo cartel.

³⁵ Cláusula 11.7.1 de la segunda parte del cartel definitivo.

³⁶ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

la cláusula contractual 12.2 y la segunda en las cláusulas 18.2.1 y 18.3.1 del contrato. Asimismo, indica que la medida contractual que se adopte dependerá del tipo de evento del que se trate, razón por la cual se deja bajo responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, la valoración de cada caso en concreto, acreditando en el expediente administrativo la decisión debidamente motivada que se adopte, todo lo cual estará sujeto a las potestades de fiscalización posterior de este órgano contralor.

Aunado a lo anterior, la Administración Concedente señala que “*corresponde al concesionario hacer la reclamación o aviso correspondiente, con la debida fundamentación*”³⁷, aspecto cuya verificación de cumplimiento igualmente se deja bajo responsabilidad de esa Administración Concedente.

- 2) Que en cuanto a lo dispuesto en el inciso d)³⁸ de la citada cláusula 12.5 y su relación con las 15 medidas a las cuales se comprometió la Administración Concedente, se toma nota de lo indicado por ésta en cuanto a que la obligación que se adquiere es “*colaborar en la obtención de los permisos, pero si de ella no depende otorgarlos, si la autoridad competente se atrasa arbitrariamente (más allá de los plazos previstos en el ordenamiento jurídico y sin justificación alguna) eso tampoco puede ser imputable a la Administración Concedente, siempre que ésta haya brindado la colaboración esperada*”³⁹, aspecto que deberá ser tomado en consideración por esa Administración Concedente durante la ejecución contractual.
- 3) Que respecto de la cláusula 12.8 del contrato, denominada *Derecho de la Administración Concedente a restablecer el equilibrio económico del contrato*, deberá tomarse en consideración lo indicado en el punto 9) del capítulo 4, punto 6) del capítulo 6 y punto 5) del capítulo 8 del numeral IV del presente oficio.

CAPÍTULO 13. De las subcontrataciones.

- 1) Que en la cláusula 13.1 del contrato, denominada *Subcontrataciones*, con respecto al régimen de prohibiciones, además del artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa, se deberá considerar lo dispuesto en los artículos 22 bis y 23 de ese mismo instrumento normativo, lo mismo que la normativa reglamentaria atinente.
- 2) Que en cuanto a la cláusula 13.5 del contrato, denominada *De la obligación de informar a la Administración Concedente*, es preciso señalar que en caso que el Concesionario resolviese alguno de los contratos que sostiene con sus subcontratistas y decida asumir directamente la ejecución de las actividades subcontratadas inicialmente, para esos efectos deberá cumplir indispensablemente con la capacidad técnica necesaria para llevar a cabo dicha actividad, de conformidad con lo que dispone el presente contrato, así como los documentos que lo conforman.

³⁷ Ibid.

³⁸ Que reconoce como evento oneroso las “*Demoras o negación en la obtención o entrega de permisos, siempre y cuando el Concesionario haya actuado en forma diligente y la causa de tal demora o negación no sea imputable a la Sociedad Concesionaria*”.

³⁹ Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

CAPÍTULO 14. Régimen de control y régimen sancionador de la concesión.

- 1) Que en cuanto a la cláusula 14.2.8 del contrato, referida a los registros contables del Concesionario, será responsabilidad de la Administración Concedente establecer sus requerimientos de información en materia contable para el ejercicio de sus funciones de control, los cuales deberán ser comunicados oportunamente al Concesionario. Asimismo, corresponderá a esa Administración verificar que el Concesionario cumpla con sus obligaciones en esta materia.
- 2) Que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 14.3.2.1 del contrato, denominada “*Incumplimiento*”, los incumplimientos de la Administración Concedente se configuran de conformidad con lo señalado en ese numeral; lo anterior sin perjuicio de adicionar que en el tema de la medida de bancabilidad y las quince medidas adicionales ya mencionadas, los dimensionamientos en cuanto al incumplimiento se complementan con lo explicado por esa Administración en el oficio DST-OF-1888-2011, folio 112 punto 5.
- 3) Que la razonabilidad del plazo dispuesto en la cláusula 14.3.7 del contrato, para que la Administración Concedente notifique al Concesionario la forma y plazo en que remediará o curará los incumplimientos imputables a ella, se deja bajo resorte exclusivo de esa Administración Concedente.
- 4) Que la Administración Concedente se encuentra obligada a realizar las acciones oportunas y suficientes a efectos de constituir la Unidad Ejecutora y la Unidad de Fiscalización previstas como parte del régimen de control de la concesión, así como dotarla de los recursos materiales y humanos que resulten idóneos para la naturaleza de sus funciones, según corresponda a la etapa de construcción y/o explotación de que se trate. En igual sentido deberá procederse en lo que se refiere a la contratación de la Unidad de Soporte que según indica la Administración Concedente será contratada “*a través de la Unidad Ejecutora como apoyo para la supervisión de los diseños y construcción de la fase 2 A*”⁴⁰. Lo anterior, implica que durante la etapa de aprobación de diseños la Administración Concedente cuente con los profesionales necesarios para hacer las valoraciones pertinentes en materia ambiental.

CAPÍTULO 15. De los informes.

- 1) Que en lo referente a los distintos informes –mensuales, semestrales, anuales u otros–, que emita la Sociedad Concesionaria durante las fases de construcción o bien de explotación según corresponda, se advierte que dichos documentos deberán ser claros, precisos, detallados y completos, respecto de la situación o aspecto por el cual se emiten. Lo anterior, a efecto de que sean herramientas e insumos de calidad a partir de los cuales la Administración Concedente realice el seguimiento a la ejecución contractual desde la óptica de la supervisión, inspección y la fiscalización de las labores y servicios prestados por la Concesionaria.
- 2) Que en relación con la cláusula 15.6.2 del contrato, denominada “*Informes Semestrales*”, este Despacho entiende que el plazo de 30 días naturales con que cuenta el Concesionario para rendir y presentar el primer informe al Gerente de Proyecto, comienza a contarse a partir de la finalización del semestre siguiente a la notificación de la orden de inicio de la etapa de

⁴⁰ Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

explotación. Lo anterior, toda vez que en el mencionado oficio No. DST-OF-1888-2011 la Administración Concedente indicó: “... siendo que el texto de la cláusula 15.6.2 expresamente dice que el informe “deberá ser presentado dentro de los treinta (30) primeros días naturales del semestre siguiente al informado. De manera que consideramos que está absolutamente claro el informe debe presentarse dentro de los 30 días naturales siguientes al vencimiento del primer semestre de la etapa de explotación”.

- 3) Que en cuanto a la cláusula 15.6.4.5 del contrato, denominada “*Plan de Seguridad portuaria de la Terminal de Contenedores de Moín y Plan de Atención de Emergencias*”, este Despacho entiende que los efectos o consecuencias de la no aceptación por parte de la Administración Concedente de los planes presentados por el Concesionario, dependerán de la causa en concreto que origina la improbación. Lo anterior, según fue manifestado por esa Administración en el oficio No. DST-OF-1888-2011, en el cual señaló: “*En relación con esta inquietud, es difícil anticipar las razones por las cuáles la Administración puede no aprobar los citados planes o por las que el concesionario podría resistirse a implementar los ajustes que se le requieran. De la naturaleza de esas razones dependerá el paso a seguir. Puede decirse que en casos extremos, la Administración deberá evaluar si se está ante un incumplimiento contractual, determinar su gravedad y adoptar las medidas sancionadores [sic] según el contrato. Pero también el concesionario podría en un caso extremos [sic] disputar ese tipo de medidas por las vías contractualmente previstas para la resolución de conflictos*”. En consecuencia, en una eventual improbación de los citados planes queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente determinar las consecuencias de tal situación, lo cual deberá quedar debidamente documentado en el expediente administrativo.

CAPÍTULO 16. Aspectos Fiscales.

- 1) Que con referencia a la cláusula 16.3.2 del contrato, denominada *Aceptación de los bienes a ser exonerados y/o importados temporalmente*, tratándose del listado de bienes a ser exonerados, se deberá entender que el Concesionario es quien determina la necesidad del equipo. La aprobación que realiza la Administración, tal y como se dispone en el punto 9 de la cláusula 5.2.2 es una recomendación que se emite cuando ésta compruebe que efectivamente los bienes están relacionados directamente con la Concesión, puesto que la autorización final le corresponde al Ministerio de Hacienda.
- 2) Que de conformidad con las medidas ofrecidas por el Concesionario mediante documento del 19 de enero de 2011 y aceptadas por parte de la Administración Concedente, según se observa en la cláusula 4.1.1 *Obligaciones generales*, punto 8), Anexo 3 del contrato, *Alcances de las medidas adicionales*, medida 6) y cláusula 5.2.2 *Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción*, punto 9), se deberá entender que en materia tributaria, propiamente en cuanto a la importación de bienes, se debe utilizar indispensablemente el trámite definido normativamente para esos efectos.
- 3) Que considerando lo dispuesto por este órgano contralor en el informe de fiscalización DFOE-OP-IF-1-2010, en cuanto al tema de exoneraciones resulta de importancia destacar que la Administración Concedente establezca procedimientos adecuados para el trámite de la importación temporal de maquinaria, así como para el control del uso y destino de los bienes que ingresen al país bajo dicho régimen aduanero.

Para ello, resulta imprescindible que se cuenten con sistemas de información que registren de manera adecuada el proceso de recomendación y ejecución del beneficio tributario otorgado

mediante la importación temporal de maquinaria, así como las condiciones bajo las cuales se dio la aprobación. Lo cual debe ser complementado con un efectivo archivo documental de todas las acciones que se realicen dentro del trámite, con el fin de garantizar que se tenga conocimiento y control de las recomendaciones de importación temporal emitidas y las que finalmente se hicieron efectivas por parte del Concesionario.

En ese sentido, corresponde a la Administración Concedente tomar las medidas pertinentes para contar con un registro histórico que contemple la información relacionada con la cantidad y tipo de maquinaria que ingresa temporalmente al país para el proyecto, la fecha de ingreso al proyecto de cada maquinaria, los plazos de vigencia de las importaciones temporales aprobadas por la autoridad competente y demás datos relevantes, de manera tal que permitan tener certeza sobre el plazo de permanencia de la maquinaria en el país y que ésta fue utilizada en el proyecto de marras por el tiempo autorizado por la instancia competente.

CAPÍTULO 17. De los seguros.

- 1) Que en cuanto a la determinación del valor de reposición de la infraestructura existente que se observa en la cláusula 17.19 del contrato, será obligación de la Administración Concedente velar por el hecho de que los seguros que se suscriban cubran la prestación del servicio y que el Concesionario como tomador de la póliza mantenga ese monto actualizado.

En ese mismo orden de ideas queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración la manifestación hecha en el sentido de que: *“...Además la determinación del valor no corresponde establecerse en este contrato sino que lo establece la aseguradora en su contrato de adhesión, tal y como se desprende de las condiciones generales de la póliza aportada “Incendio Todo Riesgo” del INS, artículo 50 tasación que con la emisión de la nueva Ley No. 8956 se sustituiría por el artículo 73 de la misma ...”*.

- 2) Que con relación al plazo regulado en la cláusula 17.21 del contrato, denominada *Cobertura por Interrupción de Negocios*, la Administración Concedente será responsable de que el plazo por el que finalmente se suscriba la póliza de interrupción de negocios sea el que mejor proteja sus intereses, a efecto de reducir la posibilidad de una solicitud de reequilibrio contractual de conformidad con las reglas previstas en el capítulo 12.
- 3) Que aunado a lo indicado en el punto anterior, en caso que la interrupción por eventos de fuerza mayor o caso fortuito persista más allá del plazo que fije la póliza, para efectos de eventuales reclamaciones de nivelación de la ecuación financiera del contrato, deberán aplicarse las reglas de equilibrio económico financiero estipuladas en la cláusula 6.4.2, denominada *“Riesgos por eventos de caso fortuito y fuerza mayor”* y en el capítulo 12 del contrato.

CAPÍTULO 18. De la cesión de derechos y obligaciones, suspensión y terminación del contrato.

- 1) Que en cuanto a la cláusula 18.3.1 punto 6) en relación con la cláusula 17.21, ambas del contrato, la Administración Concedente indica que *“Debe quedar claro que al finalizar la cobertura de interrupción de negocios el Concesionario podría hacer dos cosas: la primera, es solicitar un reequilibrio contractual para lo que se debe acreditar la existencia de afectaciones no atendidas por la cobertura de interrupción de negocios; la segunda sería solicitar la terminación anticipada del contrato a la Administración Concedente, esto último en caso de*

que la continuidad del contrato no resulte posible en iguales o similares condiciones". En consecuencia, será responsabilidad de la Administración Concedente tomar la decisión que corresponda en función de las circunstancias que lleguen a presentarse en la ejecución del contrato, misma que deberá quedar debidamente motivada y acreditada en el expediente administrativo.

- 2) Que en cuanto a la frase "*salvo pacto en contrario*" contenida en la cláusula 18.3.3.1 del contrato, denominada *Indemnización como efecto de la extinción por causas ajenas al Concesionario*, se deberá entender que las partes podrían acordar una reducción en el alcance de la respectiva indemnización pero no sería factible incrementarla más allá de los extremos regulados en dicha cláusula, aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente.
- 3) Que en lo que se refiere a la cláusula 18.3.3.3 del contrato, denominada *Indemnización como efecto de la extinción del Contrato por Eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito*, se tiene que, según indica la Administración Concedente en el informe adjunto al oficio No. DST-OF-179-2012, los extremos indemnizables no incluyen el reconocimiento de lucro cesante, aspecto cuyo cumplimiento se deja bajo la responsabilidad de esa Administración Concedente.
- 4) Que con respecto a la cláusula 18.3.6 del contrato, denominada *Extinción de la Concesión frente a los acreedores*, párrafo tercero, se deberá entender la misma al tenor de lo establecido literalmente en el inciso cinco del artículo 68 de la Ley General de Concesión de Obras con Servicios Públicos.

De los plazos estipulados en el clausulado del contrato.

- 1) Que se deja bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente las modificaciones contractuales efectuadas con respecto a los plazos de ciertas actuaciones que le corresponde realizar tanto a esa Administración como a la Sociedad Concesionaria, según se indica en las explicaciones que constan en la respuesta aportada a este órgano contralor mediante oficio DST-OF-1888-2011.

Atentamente,

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Licda. Laura María Chinchilla Araya
Asistente Técnica