



AL-A-1289-2024

30 de setiembre del 2024

**Estimable
Consejo Director
Proyecto Turístico Golfo Papagayo**

Asunto: Criterio legal sobre garantías de cumplimiento, respuesta consulta del señor Rubén Pacheco Albónico

Nos permitimos brindar criterio legal en relación con lo instruido por el Consejo Director mediante acuerdo tomado en sesión ordinaria virtual 13-2024 realizada el 01 de julio del 2024, APARTADO 2 “Asuntos de Concesiones”, inciso I, que textualmente dice:

*“**SE ACUERDA:** A) Trasladar a la Dirección Ejecutiva para que emita el respectivo criterio, el oficio identificado con el N° NI-0495-2024, suscrito por el Sr. RUBÉN PACHECO ALBÓNICO, representante de la concesión LA CASA SIN NOMBRE LIMITADA, en respuesta al oficio PGP-0446-2024, de fecha 14 de junio 2024, en relación con la solicitud de aclaración al artículo 16 REFORMA Y ADICIÓN AL REGLAMENTO A LA LEY REGULADORA DEL POLO TURÍSTICO GOLFO DE PAPAGAYO, (publicado en Alcance N°96, del Diario Oficial La Gaceta N°90, publicada el 21 de mayo de 2024), referente a la interpretación si la garantía que se debe presentar debe ser por todo el proyecto y no por etapas.*

B) Una vez elaborado ese criterio técnico, instruir a la Dirección Ejecutiva que lo remita a la Asesoría Legal, para que, a su vez, esta Asesoría se pronuncie, y se presenten ambos criterios ante este Consejo Director.

ACUERDO FIRME”

La solicitud hecha por el señor Rubén Pacheco Albónico, representante legal con facultades de apoderado generalísimo de la concesionaria **LA CASA SIN NOMBRE LIMITADA**; quien solicita aclaración de lo establecido en el artículo 16 REFORMA Y ADICIÓN AL REGLAMENTO A LA LEY REGULADORA DEL POLO TURÍSTICO GOLFO DE PAPAGAYO, (publicado en Alcance N°96, del Diario Oficial La Gaceta N°90, publicada el 21 de mayo de 2024). La consulta indica expresamente:



“Lo anterior porque la siguiente oración de dicho artículo está ocasionando que la Dirección Ejecutiva Polo Turístico Golfo de Papagayo interprete que la garantía que se presente debe ser por todo el proyecto y no por etapas como indica el resto del artículo: “...La fijación respectiva la hará la Dirección Ejecutiva una vez que se apruebe el proyecto a ejecutar, tomando en consideración la inversión acumulada de la etapa anterior...”

Si la interpretación que están realizando de dicho artículo es correcta, la misma se modificó en perjuicio del administrado, ya que no tiene sentido que se tenga que garantizar una etapa que ya está construida, aprobada por el ICT y finalizada.

*Es decir, en este momento para la segunda etapa de mi proyecto yo debería de aportar una garantía por la suma de \$55,000.00 (4% del valor de la etapa), sin embargo el oficio referido me indica que debo aportar en menos de un mes una garantía por la suma de **\$113.410,00 (ciento trece mil cuatrocientos diez dólares exactos)**.*

Al respecto, nos permitimos manifestar lo siguiente:

Primero: Criterio técnico:

Para la elaboración del presente criterio legal, se cuenta con el criterio técnico de la Dirección Ejecutiva **PGP-724-2024**, del cual **se extraen algunos puntos importantes:**

- La concesionaria LA CASA SIN NOMBRE LIMITADA, suscribió el contrato de concesión el 29 de julio de 2019 por un terreno de 15, 472.51 metros cuadrados y un plazo de concesión a partir de la firma del este contrato original 08 de junio de 1992 hasta el 08 de junio del 2062. Su proyecto de desarrollo consiste en **4 casas**, proyecto a desarrollar en **dos etapas:**

Primera etapa: Esta etapa consiste en la construcción de **2 casas** en total, de las cuales, una es de 3 habitaciones de 430 metros cuadrados y la otra casa de 3 habitaciones con 219 metros cuadrados. Monto de inversión: US\$1,460,250.00. Esta **etapa concluyó** en el primer semestre del 2023.

Segunda etapa: Una casa de 4 habitaciones con un área de 550 metros cuadrados, con una inversión de US\$1,375,000.00. Etapa pendiente de ejecución y cuyo cronograma de obras aprobado, daría inicio en el año 2025 y finaliza en el año 2026.



- La Concesionaria había mantenido una garantía de cumplimiento del **1%** del valor de la segunda etapa de desarrollo, lo anterior con fundamento al acuerdo de la Junta Directiva del ICT tomado mediante oficio SJD-283-2023, acuerdo tomado como excepción a la norma por causa sobreviniente producto de la pandemia COVID-19, sin embargo, dicha excepción finalizó en junio del 2023. A partir de la reforma al artículo 16 del Reglamento a la Ley 6758, lo procedente es que la concesionaria aporte una garantía de cumplimiento del **4%** del valor de la etapa y no el 5% que anteriormente dictaba la norma.
- Anteriormente los concesionarios debían aportar una garantía del cumplimiento del 5% estimada sobre cada etapa del proyecto, pudiendo solicitar una devolución parcial al haber ejecutado al menos el 50% de avance del proyecto. Actualmente la norma se modifica reduciendo el porcentaje de garantía cumplimiento al **4% 2% y 1%**, dependiendo del valor estimado del proyecto a desarrollar, porcentaje que se asigna inversamente proporcional al valor de la inversión, lo cual significa que a menor inversión mayor es el porcentaje que se aplique y a mayor inversión es menor el porcentaje de garantía a aplicar.
- La devolución parcial podrá darse por una única vez después de alcanzar al menos el 50% del avance de las obras de la etapa que se respalda y será en proporción al cumplimiento de las obras ejecutadas.
- En el texto vigente del artículo 16 del Reglamento a la Ley 6758, el porcentaje será aplicado sobre el valor de la etapa, pero en adición al texto anterior el artículo aclara que se tomará en cuenta **la inversión acumulada de la etapa anterior**, lo que técnicamente significa que por cada etapa finalizada se deberá **adicionar la garantía correspondiente conforme al valor de la siguiente etapa**, siendo que para la última etapa el concesionario tendrá garantizado ante el ICT el valor total del proyecto a desarrollar.



Segundo: Sobre las garantías de cumplimiento y reforma al artículo 16 del Reglamento a la Ley 6758.

El Polo Turístico Golfo Papagayo es un proyecto turístico de interés público, por lo que cada uno de sus contratos de concesión, deben estar debidamente respaldados en cuanto a su efectiva ejecución, es decir, el ICT, como entidad contratante, cuenta potestades amplias para tutelar la debida ejecución del contrato a través del debido cumplimiento del conjunto de obligaciones que han sido asumidas por el concesionario. Inclusive, la no rendición de la garantía de cumplimiento por parte del concesionario, implica, no solamente un quebranto a la normativa, sino un incumplimiento contractual evidente y manifiesto, cuya sanción podría ser la más grave, la cancelación de la concesión. Es así que, dentro del marco de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la satisfacción del interés público, al amparo de lo establecido en el artículo 12 de la Ley 6758 que dispone: *“la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Turismo podrá otorgar concesiones sobre el uso de las tierras del proyecto en la zona destinada al mismo, de conformidad con los plazos y las condiciones que el Instituto establezca al efecto...”* es que el ICT ha establecido las reglas para la rendición de la garantía de cumplimiento, cuyo propósito es que, en todo momento la Administración no se vea desgarantizada.

“VI.- Sobre la garantía de cumplimiento. Regulación jurídica. (...) Este deber de cumplimiento es fundamental para la debida satisfacción del interés público que en tesis de principio, constituye la base legitimante y finalidad misma del régimen contractualista público, en la medida en que el objeto de la contratación solo se verá satisfecho ante el cumplimiento debido de los aspectos cualitativos y cuantitativos que se han asignado al contratista y que son necesarios para obtener aquel bien o servicio que le ha sido confiado mediante este mecanismo negocial. Ahora, si bien en la dinámica de los contratos administrativos impera una máxima de buena fe y mutua colaboración en la ejecución contractual, dado el interés público de base presente en este régimen (elemento teleológico), no en pocas ocasiones es necesario que el contratista rinda caución para asegurar el debido cumplimiento del contrato, así como de los eventuales daños y perjuicios que pueda ocasionar un incumplimiento total o parcial de las cargas contractuales.” (Resolución N° 00101 – 2013 del Tribunal Contencioso Administrativo).

Efectivamente, mediante el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N° 44448 del 17 de enero de 2024, (reforma publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 90 del 21 de mayo del 2024), el artículo 16 del Reglamento a la Ley 6758, el cual regula todo lo relacionado con garantías de cumplimiento, fue modificado en varios sentidos.



En primer lugar, cabe aclarar, que por técnica de mejora regulatoria del texto del artículo 16, se consideró necesario dividir y adicionar en el articulado del 16 vigente, donde se utilizaron los adverbios en latín según el tema específico a regular: excepción de garantías (16 bis), plazo y renovación de las garantías (16 ter), devolución parcial y total (16 quater), ejecución de garantía (16 quinquies). En segundo lugar, debe recordarse que dicha reforma contó con esta regulación cumplió con los principios de mejora regulatoria, de acuerdo al informe DMR-DAR-INF-142- 2023, de fecha 25 de octubre de 2023 emitido por la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio; así como la consulta previa a los concesionarios y terceros interesados.

Tercero: Sobre las reglas vigentes para la garantía de cumplimiento en el PTGP.

El artículo 16 actualmente dispone: “Los adjudicatarios de concesiones, sean por concurso o por cesión de derechos, salvo el caso de adjudicatarios resultantes de un proceso de ejecución de garantía sobre una concesión sin interés en su desarrollo, deberán rendir al ICT una garantía de cumplimiento que respalde la ejecución de sus proyectos del cuatro por ciento (4%) del valor estimado de cada etapa del proyecto a realizar, que le hubiere sido aprobado. La fijación respectiva la hará la Dirección Ejecutiva una vez que se apruebe el proyecto a ejecutar, tomando en consideración la inversión acumulada de la etapa anterior. Para proyectos de hasta diez millones de dólares (\$10,000,000.00) deberán rendir una garantía del 4% del valor de la etapa; para proyectos más de diez millones de dólares (\$10,000,000.00) y hasta cien millones de dólares (\$100,000,000.00) deberán rendir una garantía del 2% del valor de la etapa y para proyectos superiores a los cien millones de dólares (\$100,000.000.00) deberán rendir una garantía del 1% del valor de la etapa. Estos montos serán actualizados cada cuatro años utilizando la metodología de indexación establecida en el procedimiento establecido en el punto X. Procedimiento de Indexación de Valor del canon, del Anexo Único del presente Reglamento.”

Tomando en consideración la versión anterior del artículo 16, se considera que no existe un perjuicio para los concesionarios toda vez que, anteriormente la garantía estaba fijada en **5%** sobre el valor de la etapa, para todos los proyectos, independientemente del tipo de proyecto y el monto de inversión; mientras que, actualmente, con la reforma, es un 4%, 2% o 1%, según el monto de inversión de cada etapa.



Es decir, que atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, el ICT ha establecido que el porcentaje de la garantía de cumplimiento a rendir será proporcional a la inversión pactada, es decir, a mayor inversión, menor el porcentaje de la garantía de cumplimiento. Lo anterior, tiene su asidero, según lo indica el criterio técnico PGP-724-2024 que indica: *“Esta proporcionalidad de la garantía se puede comprender, técnicamente, siendo que los proyectos de menor inversión son desarrollados de manera más pronta por el concesionario, mientras que aquellos proyectos más grandes, que conllevan mayor inversión, toman entre dos o tres años desde el inicio de las obras hasta su finalización, porque el tiempo que deberá permanecer la garantía en custodia del ICT es mayor.”*

En cuanto a lo consultado, el criterio técnico aclaró que *“resulta claro en el texto vigente del artículo 16, que el porcentaje será aplicado sobre el valor de la etapa, pero en adición al texto anterior el artículo aclara que se tomará en cuenta **la inversión acumulada de la etapa anterior**, lo que técnicamente significa que por cada etapa finalizada se deberá **adicionar la garantía correspondiente conforme al valor de la siguiente etapa**, siendo que para la última etapa el concesionario tendrá garantizado ante el ICT el valor total del proyecto a desarrollar.”*

Ante lo dicho por la Dirección Ejecutiva, esta Asesoría Legal no encuentra reparo alguno, por cuanto debe entenderse que, una vez finalizada una etapa, corresponde al concesionario, hacer el ajuste para completar el monto a garantizar la siguiente etapa. Lo anterior, sin perjuicio de la devolución parcial una vez alcanzadas el 50% del avance de las obras de la etapa que se respalda o devolución final, según corresponda.

En cuanto a los montos de garantía y sus respectivos ajustes para el caso del proyecto pendiente de ejecutar por la concesionaria La Casa Sin Nombre Ltda., esta Asesoría Legal no emite criterio alguno, por cuanto lo anterior, obedece a un aspecto estrictamente técnico: *“...La fijación respectiva la hará la Dirección Ejecutiva una vez que se apruebe el proyecto a ejecutar...”* Artículo 16 Reglamento a la Ley 6758.

Cordialmente,

Lic. José Francisco Coto Meza, MSc.
Asesor Legal

Licda. Wendy Estrada Hernández
Analista, Asesoría Legal



INSTITUTO
COSTARRICENSE
DE TURISMO

GOBIERNO
DE COSTA RICA



NI- 045 y 1449

FCM/WEH/weh: Oficios 2024/Papagayo

C.c. Archivo/Consecutivo
Dirección Ejecutiva