

INDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL:TÍTULO PRIMERO: -----	7
GENERALIDADES -----	7
CAPÍTULO PRIMERO: LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO -----	8
A. NOCIONES GENERALES DEL DOMINIO PÚBLICO -----	8
B. DOMINIO PÚBLICO EN COSTA RICA-----	15
C. DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO: FRANCIA Y ESPAÑA. -----	19
CAPÍTULO SEGUNDO: LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA --	27
A. NOCIONES GENERALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS -----	27
B. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO -----	36
C. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO -----	38
D. PRINCIPIOS -----	42
E. MODOS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO -----	46
F. MODOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS -----	50
G. PROCEDIMIENTO -----	66
CAPÍTULO TERCERO:LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -----	71
A. ASPECTOS HISTÓRICOS-----	71
B. CONCEPTO Y NATURALEZA-----	74
C. CARACTERÍSTICAS-----	78
D. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -----	84
E. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA-----	86
TÍTULO SEGUNDO: LA GESTIÓN INTERESADA Y SU DESARROLLO JURÍDICO EN LA DOCTRINA Y EN COSTA RIC -----	89
CAPÍTULO PRIMERO:LA GESTIÓN INTERESADA EN LA DOCTRINA -----	90
A. ANTECEDENTES -----	90

B.	CONCEPTO Y NATURALEZA-----	92
C.	CARACTERÍSTICAS -----	97
CAPÍTULO SEGUNDO:LA GESTIÓN INTERESADA EN COSTA RICA -----		100
A.	IMPLEMENTACIÓN DE LA GESTIÓN INTERESADA -----	100
B.	LA GESTIÓN INTERESADA EN COSTA RICA -----	108
CAPÍTULO TERCERO:UNA NUEVA GESTIÓN INTERESADA PARA COSTA RICA -		125
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS -----		135
A.	CONCLUSIONES-----	135
B.	PROPUESTA-----	138
BIBLIOGRAFÍA -----		140
A. LIBROS, TESIS E INFORMES-----		140
1.	LIBROS -----	140
2.	TESIS -----	143
3.	INFORMES -----	143
B. LEYES Y DECRETOS (REGLAMENTOS)-----		143
1.	LEYES -----	143
2.	REGLAMENTOS -----	144
C. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA -----		145
1.	JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-----	145
2.	JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA -----	145
D. EXPEDIENTES LEGISLATIVOS -----		147
E. REVISTAS, DIARIOS Y PERIODICOS -----		147
1.	REVISTAS -----	147
2.	DIARIOS Y PERIÓDICOS -----	148

INTRODUCCIÓN GENERAL

La investigación de “**La Gestión Interesada y sus discrepancias con el Ordenamiento jurídico costarricense**”, se aborda tomando en cuenta que esa forma de contratación administrativa es nueva en Costa Rica y porqué su utilización por vez primera, ha provocado una serie de críticas, dentro de las cuales encontramos diferentes posiciones, tanto negativas como positivas, siendo en mayor número las primeras.

Se ha señalado que la implementación de esta figura quebranta los lineamientos de la Constitución Política, dados por los artículos 121 inciso 14, 140 inciso 19 y 182. La norma primera citada se refiere a los bienes dominicales o demaniales que pueden ser explotados por la Administración Pública y los particulares mediante la Concesión, determinándose que los aeropuertos internacionales, muelles y ferrocarriles no pueden salir bajo ninguna forma del dominio y control del Estado.

Por otra parte, el artículo 140 inciso 19, al indicar que corresponde al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno, suscribir todo contrato administrativo, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa, cuando tengan por objeto la explotación de servicios públicos. En relación con la norma 182 constitucional, prescribe en forma obligatoria la licitación pública, para aquellos contratos de ejecución de obras públicas.

También se ha indicado que al momento de nacer a la vida jurídica la Gestión Interesada transgredió a la derogada Ley de Concesión de Obra como a la ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, actualmente vigente.

Sobre este último punto, se ha indicado que esta modalidad contractual no es más que una concesión de obra con servicio público, y que por lo tanto su marco jurídico no está comprendido dentro del artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa.

Dada su naturaleza jurídica, considero importante realizar un estudio acerca del marco jurídico que regula los bienes de dominio público, al concepto de servicio público y sus formas de prestación.

En el caso particular del contrato de Gestión Interesada, ha sido aplicado generalmente en Europa, países como Francia, donde ha entrado en desuso, y España, donde actualmente está contemplada como una de las modalidades típicas de contratación del Estado.

En nuestro ordenamiento, al no ser nominado, para darle vida jurídica, se ampara a los denominados tipos abiertos, los cuales están normados en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 66 de su reglamento, por lo cual es importante dedicarle un espacio en el presente trabajo a este tema.

Otra razón por la que considero importante realizar la presente investigación, radica en que dentro de la actual tendencia y giro político del último decenio que vive el país, el Gobierno trata de buscar la iniciativa e inversión privada, debido principalmente a la escasez de recursos, y la necesidad de construcción de obras de

bienestar público e interés nacional que exige y requiere la sociedad, buscando mecanismos contractuales que atraigan la participación privada..

Al carecer de infraestructura nuestro país acorde con las necesidades tecnológicas imperantes, constituye un factor que limita el desarrollo nacional, ejemplo de ello tenemos los puertos y aeropuertos, que no cuentan con las instalaciones que se requiere para hacer del país sea una plataforma más atractiva a la inversión extranjera en todos aquellos campos que se requiera, y en que no se da precisamente por la impotencia técnica y económica del Estado.

Lo anterior demuestra, que más que criticar figuras nuevas como la Gestión Interesada, lo que debería es buscarse alternativas contractuales que reguladas de manera expresa, que sin violentar el ordenamiento jurídico incentiven la inversión privada en nuestro país.

De la síntesis expuesta, nos avocaremos a realizar un análisis descriptivo utilizando un método inductivo y comparativo, para obtener los elementos básicos de la Gestión Interesada, su tratamiento en la realidad nacional y en la doctrina, sus características esenciales y su diferenciación con otras figuras que se le asemejan, como son la concesión de obra pública, la concesión de servicios públicos y la concesión de obra pública con servicio público.

Además esta investigación pretende definir íntegramente la figura de la Gestión Interesada como una modalidad innominada ampara a los tipos abiertos o como otra forma de concesión de obra pública con servicio público, planteando sus particularidades y aplicando cada uno de los criterios de la doctrina, así como de la jurisprudencia nacional.

Como objetivo general se persigue determinar si la aplicación que de la figura de la Gestión Interesada se ha hecho quebranta las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Para alcanzar el anterior objetivo general, es necesario lograr los siguientes cuatro objetivos específicos:

1. Analizar los bienes de dominio público, su protección en nuestro ordenamiento, así como en el Derecho Comparado.
2. Examinar la noción del servicio público, su concepto, características y principios, sus formas de gestión, así como sus modalidades de prestación.
3. Estudiar desde el punto de vista jurídico, la Gestión Interesada a la luz del derecho comparado.
4. Estudiar la creación de la Gestión Interesada en el Aeropuerto Juan Santamaría, desde el punto de vista jurídico y su relación con otras modalidades contractuales como son la concesión de obra pública y la concesión de servicio público y su actual regulación en el país, determinando sus efectos y consecuencias jurídicas en la realidad nacional.

Para efectos metodológicos, aparte de la presente **“Introducción General”** y las **“Conclusiones y Recomendación Final”**, esta tesis se divide en dos títulos, compuestos cada uno de tres capítulos, a saber:

El título primero denominado **“Generalidades”**, conformado en los siguientes tres capítulos:

I “Los Bienes de Dominio Público”, que trata del instituto del dominio público en general; en comparación del dominio de los bienes en Costa Rica, Francia y España.

II “La Gestión del Servicio Público en Costa Rica”, donde se hace un desarrollo de la noción general de éste, concepto y principios, para posteriormente desarrollar sus formas de gestión y modalidades de contratación.

III “Contratación Administrativa”, que trata sobre los antecedentes históricos, su desarrollo jurídico, características y principios que la rige.

El título segundo título llamado **“La Gestión Interesada en Costa Rica, su Desarrollo Jurídico en la Doctrina y en Costa Rica”**, dividido en tres capítulos, a saber:

I “La Gestión Interesada en la Doctrina”, donde se estudiara la noción general de la figura en comparación con su tratamiento doctrinal en el Derecho Comparado: Francia y España, así como su marco jurídico.

II “La Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría”, un enfoque de lo que ha sido su implementación en nuestro ordenamiento, las críticas que ha generado, tanto positivas como negativas, específicamente la figura, el reglamento, el proceso promovido y el contrato propiamente. Además tomare las críticas de reconocidas figuras, especialistas en Derecho Público y Administrativo,

Diputados, así como entidades administrativas relacionadas con la creación de esta modalidad de contratación.

III “Una Nueva Gestión Interesada para Costa Rica”, donde esbozará un análisis de la figura de gestión interesada que debería operar en nuestro ordenamiento, tomando en consideración su marco jurídico.

Al concluir esta investigación, se demostrará que la implementación de la Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría fue contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que propondré una de las posibles formas para que ese instituto se regule de manera expresa en Costa Rica.

Por la relevancia del tema, es importante introducirnos al estudio de los bienes de dominio público y su aplicación jurídica en bienes públicos inmuebles dentro de nuestro ordenamiento, así como a la prohibición para saca del dominio y control del Estado ciertos bienes, tales como ferrocarriles, muelles y aeropuertos, ya que a través de ellos se canalizan gran parte del desarrollo económico de un país y, por ende, un interés en no perder el control sobre ellos.

También analizaremos el tratamiento de dicho instituto en el Derecho Comparado, específicamente en el Derecho Francés y en el Derecho Español.

Finalmente se incluye un análisis del servicio público y una reseña del contrato administrativo, orientada hacia su evolución histórica, su concepto, sus características y principios.

CAPÍTULO PRIMERO:

LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

Por la relevancia del tema, es importante dedicarle unas líneas al tema del Dominio Público y sus nociones generales, haciendo una comparación con el Derecho Comparado: Francia y España, así como de la regulación que existe en nuestro país.

A. NOCIONES GENERALES DEL DOMINIO PÚBLICO

Para definir con precisión lo que debemos entender respecto a dicho instituto jurídico, es necesario acudir a varios diccionarios, donde encontramos los siguientes conceptos de dominio público.

Sobre la voz dominio, Ossorio y Florit nos dice que es el:

"poder que uno tiene a usar y disponer libremente de lo suyo.//Derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.".¹

Para Cabanellas, dominio público es:

"El que corresponde privativamente al Estado sobre bienes que, sin pertenecer al uso común, se encuentran destinados a un servicio público o al

fomento de la riqueza nacional; tales como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, las minas mientras no se otorgue su concesión. El que pertenece a todos, bajo la salvaguarda del Estado, sobre objetos inapropiables pero no concedidos ni prescritos, como conveniencia del uso general, como en los puertos y puentes; o por no haberse ganado de modo legítimo, como las aguas subálveas no alumbradas. ¹² .

A partir de las anteriores definiciones, podemos afirmar del instituto del dominio público, que es el poder de un sujeto (Estado) frente a todos los otros sujetos, respecto de un bien determinado, de naturaleza y de utilidad para la colectividad pública y regido por el derecho público.

En opinión de Planiol y Ripert, *"... la distinción que modernamente hacemos de los bienes según sean del dominio público o del privado, ya había sido desarrollada por el Derecho Romano antiguo"*³ , y agrega: *Los antiguos jurisconsultos romanos oponían la res quae sunt in usus publico (bienes de uso público) a los que estaban in pecunia populi o in patrimonio fisci. Los primeros, es decir, los de uso público estaban librados al uso general, al uso de todo el mundo, en tanto que los segundos se consideraban, en la época de la monarquía, como pertenecientes al príncipe.*

Las cosas públicas comprendían las grandes vías de comunicación terrestres y fluviales, las riberas del mar. Sin embargo durante la monarquía, a los jurisconsultos les interesaba más el dominio real o dominio de la

¹ Ozorio y Florit, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 265.

² Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico*, tomo III, pág. 352.

³ Planiol, Marcel y Riperts Georges. *Biblioteca Clásica de Derecho*, tomo VIII, pág. 564.

corona, compuesto por bosques, castillos, bienes de toda clase, similares a los bienes de los particulares. El dominio real era muy importante; y su administración y su protección contra los abusos de los particulares representaban grandes dificultades por lo que hubo que reglamentar profusamente esos bienes. En esta época cuando se hablaba de dominio, sólo se hacía referencia a los bienes de la corona.

Como se ha visto, en sus inicios, la institución del dominio público se refería a la relación de poder. Los primeros teóricos de la demanialidad, quienes intentaron hacer una división entre los bienes privados y los públicos ven el tema como un asunto de soberanía y excluyeron del instituto de la propiedad, los bienes del Estado colocándolos en la esfera de lo que llamamos el dominio público.⁴

Esa separación, según De la Rosa, ocurrió en el siglo XV:

“... cuando la Teoría de la Soberanía hace que los bienes de la Corona gocen de ciertos caracteres especiales como la inalienabilidad y la imprescriptibilidad.

Pronto, sin embargo; surgen contra esa concepción, lo que podrían llamarse réplicas conceptuales de los juristas franceses, quienes concibieron el dominio público como una relación de propiedad Esta teoría llegó a nosotros por medio de los Códigos Civiles de la Europa continental del siglo XIX.

En todos los Códigos Civiles europeos y en todas las compilaciones civilistas del viejo continente, se incorporó el dominio público como una relación de poder. Lo que implica que para explicar la Teoría General del

⁴ Planiol, Marcel y Riperts. Op.cit, págs. 564-565.

Dominio Público, se hace necesario echar mano de nociones de la Teoría General de la Propiedad.⁵

Brenes Córdoba en su *Tratado de los Bienes*, nos dice que pueden ser bienes nacionales o provinciales cuyo destino es el uso público, tales como los caminos, los ríos y las plazas, y que, además, lo son los que cuyo destino es el servicio de la utilidad general, como algunos edificios del Estado, por lo cual conviene sustraerlos a la movilidad y riesgos a que están sujetos los bienes particulares, de manera que se encuentran fuera del comercio, a menos que se cuente con una autorización legislativa y con las formalidades establecidas.

En el Derecho Costarricense, el vigente Código Civil, en el Capítulo II del Título I del Libro II, y en el Capítulo I del Título II del mismo libro, se regula la propiedad y el dominio de los bienes. El artículo 261 del citado cuerpo de normas dispone lo siguiente:

"Artículo 261.- Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad pública general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público.

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

También encontramos disposiciones legales de interés sobre los bienes de dominio público en la Ley de Tierras y Colonización No. 2825 de 14 de octubre

⁵ De la Rosa, Juan. *El Concepto de Dominio Público y sus consecuencias*. En Madrigal Cordero, Patricia et al, II Congreso de Derecho Ambiental. San José. Unión Mundial para la Naturaleza, 1994.

de 1961, la que en su artículo 7 determina los bienes de dicha naturaleza; la Ley de Radiodifusión No. 1758 de 19 de junio de 1954 y sus reformas, que los menciona; y la Ley de Aguas No. 276 de 27 de octubre de 1942.

El dominio público es un instituto jurídico que comprende en esencia dos componentes:

(1) habilitación para que el Estado intervenga en la sociedad y

(2) por virtud de dicha intervención, el conjunto de bienes puestos en la categoría jurídica de dominio público, se regula dentro un régimen jurídico especial. Esto no quiere decir que todos los bienes demaniales deban regularse en una misma ley, generalmente no es así. Sin embargo, han de compartir algunas notas comunes, aplicables a todos los bienes dominicales, –que serán el sustento de la Teoría General de Dominio Público–, en un ordenamiento jurídico dado.

Podemos afirmar que por su diversa naturaleza, (v.gr. recursos naturales, monumentos, calles, edificios), no conviene someter a todos los bienes a un régimen jurídico uniforme, sino que aquellos deberían ser catalogados según la clase de bien de que se trate y de conformidad con el fin o los fines que se pretenda alcanzar con su afectación, *i. e.* desplegar la actividad teleológica del Estado.

En efecto, destinar los bienes demaniales al fomento de la riqueza nacional y su justa distribución, no sólo es un fin, sino el más importante, el más extendido en los Estados. Ese fin hace necesario gradualizar los bienes de modo que no todos sean demanializados por igual, sino con una cierta graduación o acento que

idealmente debe obedecer a políticas de carácter social y ecológico, consideraciones sin las que pierde todo sentido su afectación. Esto, por supuesto, encierra en sí mismo el sentido de utilidad pública de los bienes definidos como pertenecientes al dominio público.

Hoy, la afectación de bienes por medio del instituto del dominio público, a diferencia de ayer, es muy dinámica, es decir, está dotada de una cierta plasticidad que le permite adaptarse a las realidades aceleradamente cambiantes del mundo moderno. De ahí que el dominio público no debe entenderse como algo rígido y estático, ya que se convertiría en un obstáculo al fin o a los fines que con su establecimiento se pretende alcanzar.

Esta característica de plasticidad y adaptación, la podemos ver cuanto en la sentencia de Casación, del 30 de enero de 1958, a las 15:30 horas, la Sala manifestó que la milla marítima *“en el transcurso del tiempo ha ido perdiendo la característica de bien de dominio público, y, en un proceso de transformación, se ha ido aproximando al concepto de los bienes de dominio fiscal o privado”*.

Sin embargo, también, en su momento, consideró incompatible con los fines que el legislador asigna al demanio la posesión *animus domini* de los particulares. Asimismo, manifestó que tampoco puede el Estado, ni sus organismos, perderlas por prescripción negativa, ya que la posesión, aun cuando no se manifieste por hechos reales, debe estimarse que se produce por imperio de las disposiciones que regulan su destino.⁶ Además, a modo de ejemplo, veamos de la siguiente

⁶ *Sentencia de Casación* 122 de 16:15 hrs. del 16 de noviembre de 1965. II Semestre, II Tomo de la Colección de Sentencias.

jurisprudencia del Tribunal Superior Contencioso - Administrativo, lo que en la sentencia 1519 de las 9:15 horas del 8 de agosto, 1975 dispuso:

"Cuando un bien demanial ha adquirido este carácter por disposición expresa de una ley, está fuera del comercio y no puede entrar en él mientras no se desafecte legalmente; por ello no cabe hablar de desafectación implícita, pues si el bien fue afectado específicamente por la ley, su degradación ha de hacerse en esa misma forma... "

Por su parte, la Sala Constitucional de Costa Rica refiriéndose a los bienes demaniales así catalogados en el inciso 14 del artículo 121 de la Carta Política, mediante Voto 3272-95, 1995, entre otros –v.gr.: 3067-95, 5789-94, 893-93, 5386-93, 5976-93 y 2306-91– concluyó que:

"Los bienes demaniales son diversos de la propiedad privada en razón de que: ... la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o propiedad pública o del Estado, ello por cuanto la primera es regalada de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la normativa del Código Civil pertinente, de manera que se protege la inviolabilidad de la misma, introduciéndose el concepto de función social, de manera que no se puede privar a nadie de la suya sino es motivado en un interés social y mediante ley aprobada por la Asamblea Legislativa con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Por otra parte, la regulación de la propiedad demanial se fundamenta en el inciso 14) del artículo 121 Constitucional. (...) El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y

sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. La Constitución no establece una uniforme intensidad de demanialidad ni de reserva al sector público de servicios o recursos esenciales...”

Por lo tanto, podemos señalar que los elementos del dominio público son voluntad expresa del legislador, destinados al uso público y afectados al servicio que prestan, están fuera del comercio de los hombres y por ende son imprescriptibles, inalienables e inembargables, pertenecen al Estado por lo que el particular puede obtener un derecho de aprovechamiento sobre ellos, pero no su posesión y mucho menos su propiedad.

B. DOMINIO PÚBLICO EN COSTA RICA

Los orígenes de la regulación de los bienes de dominio público en nuestro país se remontan a la Constitución Política de 1871, la cual disponía en el artículo 73:

Artículo 73 – Son atribuciones exclusivas del Congreso:

(...)

15 – Decretar la enajenación ó aplicación a usos públicos de los bienes propios de la nación.

Para 1936, mediante la Ley 14 del 16 de junio, se reforma el texto constitucional y se agregó un párrafo en el cual se establecía que:

“exceptúense de esta facultad todos los ferrocarriles y muelles nacionales. Tales ferrocarriles y muelles no podrán ser enajenados ni

arrendados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”.

Al año siguiente, mediante la Ley 33 del 7 de julio, se agrega otro párrafo más en el cual se exceptúan de esta facultad las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas de dominio público, los yacimientos de carbón y cualesquiera otras sustancias existentes, los servicios inalámbricos, los cuales sólo podían darse en concesión especial y por tiempo limitado.

Este texto viene posteriormente, luego de un gran debate en el contexto de una reforma por la Asamblea Constituyente, a ser retomado en la que es actualmente la Constitución Política de 1949. Al respecto, el artículo 121, inciso 14, párrafo final, regula lo relativo a los bienes de dominio público, el cual dispone:

"Artículo 121. De carácter exclusivo

Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde a la Asamblea Legislativa:

1)...., 2)...., 12...13)....,

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

a)...., b)...., c)....,

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales - estos últimos mientras se encuentran en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”.

Sobre la discusión de los constituyentes sobre este artículo 14, es importante rescatar lo indicado en las minutas de la Asamblea Legislativa, en donde se indica:

“... se presentó un largo debate en el que participaron varios señores Representantes. El Diputado Castro sugirió que se dijera los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales, mientras estén en servicio. El señor Morúa explicó que existen muchos aeropuertos que son particulares por lo que debía aclararse que el inciso se refería a los aeropuertos internacionales. El representante Volio Sancho expuso dos objeciones en cuanto a la redacción del inciso en la forma propuesta. Dijo que se había variado el sentido de la Carta del 71 en lo que se refiera a muelles y ferrocarriles nacionales que de ninguna manera deben salir del dominio de la nación, ni darse en explotación a particulares...”

Es decir, que desde la Constitución de 1871, ya existía un imperativo constitucional de que estos bienes no pudieran salir del dominio del Estado, y que su protección es inexcusable en razón de todas las normas que lo regulan y que tienen que ver con el interés público.

En cuanto a lo anterior, es importante rescatar lo dicho por la Sala Constitucional en su voto 3789-92, la cual ha indicado:

“... la existencia de esta disposición específica implica un régimen jurídico propio para estos bienes, que limita el principio general de enajenación y aplicación a usos públicos de una manera rigurosa: tales bienes no podrán ser enajenados, arrendados o gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado. La norma alude, en primer

lugar, a enajenación, arrendamiento o gravamen, pero la expresión directa o indirectamente, en el contexto rígido de la disposición puede referirse lo mismo a la situación en que el Estado procede por sí o por medio de otras entidades jurídicas (sentido subjetivo), o a los casos en que se emplean modalidades o medios que tengan consecuencias o efectos jurídicos equivalentes o similares, aunque per se no supongan técnicamente enajenación, arrendamiento o gravamen (sentido sustantivo) ”.

Se concluye que el dominio público implica una limitación para enajenar, arrendar o gravar ferrocarriles, muelles y aeropuertos, sin embargo, aquí es importante señalar que la limitación no exime que la propia Administración Pública pueda disponer el dominio útil del bien, es decir, el aprovechamiento y no la propiedad, en manos del particular, reservándose siempre el dominio directo sobre la cosa, así como el control y fiscalización que deben tener tratándose de bienes de dominio público.

Partiendo de esa facultad que tiene el Estado frente a los bienes de dominio público en cuanto a su aprovechamiento, puede buscar formas contractuales, en que sin perder el control sobre estos bienes, contrate con particulares para por medio de éstos, recibir beneficios que se dan ante la necesidad y limitación a su vez de mejorar las condiciones de estos.

Es ante esta realidad, que dentro de nuestro ordenamiento se encuentran posiciones encontradas con respecto a la posibilidad de dar ciertos bienes de dominio público en explotación y administración de particulares.

Para un sector, la disposición constitucional hace imposible del todo realizar una determinada concesión u otro tipo de contrato sobre este tipo de inmuebles y sus servicios, puesto que permitirlo implicaría una enajenación indirecta de éstos, llevando consigo a que las obras salgan del dominio y control absoluto del Estado y pasen a ser parte del patrimonio del particular.

Frente a esta posición, se encuentran quienes consideran que en las formas contractuales existentes, tales como la concesión o la gestión interesada, las obras no salen del dominio y control del Estado ya que, por el contrario, es éste quien mantiene potestades de modificación y control así como de sanción sobre las obras que se contraten y que el rol del particular es de un colaborador de la Administración, en la satisfacción de ciertas necesidades colectivas, para las que la Administración no tiene capacidad técnica y financiera de soportar.

Según lo apuntado anteriormente, manifestado por la Sala Constitucional, todavía hoy, es aceptada la posibilidad de dar, vía contratos administrativos como los apuntados, las obras públicas y sus respectivos servicios en ferrocarriles, aeropuertos y muelles.

C. DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO: FRANCIA Y ESPAÑA.

La calificación de bienes como públicos es por lo general común a la generalidad de los ordenamientos jurídicos, sin embargo para el presente estudio del dominio público en el derecho comparado, se esbozaran algunos aspectos relevantes de este instituto jurídico en el derecho francés, para luego entrar con un análisis de la legislación española, ya que precisamente ésta última es inspirada en el primero.

1. Francia

El primer antecedente histórico de la regulación de los bienes de dominio público en el ordenamiento jurídico francés lo encontramos en el artículo 538 del Código Civil francés donde se atribuye ya la titularidad de los bienes del dominio nacional al Estado, pero en relación con determinados bienes, en especial los que hoy día consideramos de uso público, tales como caminos, calles, plazas, ríos, puertos, bienes sobre los cuales el Estado no ostenta un derecho de propiedad, ya que no son susceptibles de apropiación, son bienes *extra commercium*, bienes comunes que no pertenecen a nadie.

Sin embargo, el derecho francés durante esta época no distingue entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado del Estado, el Código Civil sólo establece que estos no son susceptibles de propiedad privada. Se da posteriormente una corriente legislativa, junto con opiniones doctrinales, de los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad para algunos tipos de bienes públicos, con lo cual surge la distinción entre bienes demaniales y los de propiedad privada del Estado, distinción que sigue vigente hoy día.

Dentro de la generalidad, la doctrina francesa mantuvo claro que es al Estado al que le corresponde ejercer, sobre los bienes demaniales, un conjunto de potestades de vigilancia y policía, partiendo del hecho de que el dominio público es una potestad pública y no un verdadero derecho dominical.

Esa posición fue sostenida hasta principios del siglo XX, en donde se comienza a discutir la naturaleza jurídica del dominio público y en donde el

concepto de bienes públicos es ampliado, considerándose como bienes de dominio público, aparte de los de demanio natural ya citados, otros destinados al uso público, ya sea por su afectación o destino a servicios públicos, aumentándose el número de éstos e incluyéndose entre otros, las dependencias portuarias, ciertos edificios y vías férreas.

El autor Miguel Sánchez Morón⁷, citando a algunos autores franceses, fundamentalmente L. Doguit y M. Hauriou, indica que en la doctrina francesa se siguen las siguientes tesis:

“La tesis de Hauriou es que el dominio público es un derecho de propiedad atribuido al Estado... La diferencia entre el dominio público y privado del Estado se halla simplemente en la afectación de los bienes de dominio público, por decisión del legislador, a un fin de utilidad pública, lo que les confiere el régimen de protección especial del demanio. Régimen que culmina en las reglas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, mientras que se mantenga la afectación o destino... Frente a esta tesis, L. Duguit entiende que los bienes de dominio público no pueden ser, por su propia naturaleza jurídica (no por la física), susceptibles de propiedad. Coincidiendo con Hauriou en que es la afectación a un fin público lo que determina su condición de bienes demaniales...”

En síntesis, es claro que el ordenamiento jurídico francés no utiliza criterios objetivos, sino que hace reposar la teoría de la demanialidad sobre el acto de afectación, lo que ha dado lugar a que exista un mayor número de

⁷ Morón Sánchez, Miguel y otros, *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*. Editorial Tecnos, 1997. Madrid, España.

bienes de dominio público, incluyendo entre ellos bienes accesorios o complementarios, de acuerdo con el destino de servicio público que realicen.

Esa afectación es, en algunos casos, tan intensa que es excluyente de la relación de propiedad, sin embargo, se habla de una escala de la demanialidad, lo cual, en todo caso, es característico del régimen jurídico de los bienes de dominio público.

2. España

El derecho español es deudor directo de la doctrina francesa, desde la época de la revolución francesa, momento en que ya se conocía la distinción de los bienes de la Nación, razón por la cual en este punto desarrollaré, en forma más amplia, las características del dominio público en este ordenamiento jurídico.

Los textos españoles mantienen la influencia del derecho francés respecto de los bienes de dominio público hasta avanzado el Siglo XIX, en donde prácticamente no hacen ninguna variación. Sin embargo, sosteniendo la misma línea, a partir de la mitad del Siglo XX, se producen una serie de leyes sectoriales (legislación de aguas, minera y obras públicas), dándose una expansión del concepto de dominio público, el cual desemboca en la regulación del Código Civil español, específicamente en los artículos 338 y 339.

En la legislación española la declaración o atribución del carácter público de un bien, es de competencia exclusiva y excluyente de la Nación, atribución que

corresponde al Congreso, que sólo puede ejercerla a través de una ley formal. Al respecto, el Código Civil español establece la clasificación de los bienes en el artículo 339, ubicado en el Título Segundo: De los Bienes, de la propiedad y de sus modificaciones, de los bienes de dominio público indica:

“339: Son bienes de dominio público:

- 1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.*
- 2. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión”.*

Asimismo y acorde con la Teoría General del Dominio Público que entiende en relación con la utilidad de los bienes y el desarrollo de la Constitución Política de España, en su artículo 132, ubicado su Título VII: Economía y Hacienda, regula en los siguientes términos el dominio público:

“132.1 La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”.

En esta norma constitucional o en otras leyes españolas, no existe un concepto de dominio público, se limita a mencionar qué cosas poseen ese carácter. Por ejemplo, la Ley de Costas española, 22/1988 de 28 de julio, al consagrar el principio de indisponibilidad, establece en su artículo 8 que en este tipo de bienes:

“No se admitirán más derechos que los de uso y aprovechamiento adquiridos de acuerdo con la presente Ley, careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad.”⁸

Sin embargo, en el ámbito de la doctrina, algunos tratadistas han plasmado definiciones en diversos textos conceptos sobre el dominio público. Tal es el caso de Dromi, quien en su Manual de Derecho Administrativo, ha indicado respecto del dominio público, lo siguiente:

“El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público⁹”.

Continua manifestando que para algunos autores es la determinación de si un bien o una cosa debe estar sometida al régimen de dominio público la que determina su concepto, partiendo de si estos bienes están o no afectados a un uso público, sea este directo e indirecto.

En síntesis, la doctrina que prevalece es la que acepta que el dominio público constituye una propiedad pública del Estado, es decir, una propiedad establecida y regida por el Derecho Público y, en especial el administrativo, caracterizada por una serie de limitaciones impuestas en razón del destino que poseen y el acto de afectación.

⁸ Calero Rodríguez, J.R, *Régimen Jurídico de las costas españolas*. Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, España, 1995, págs. 515 y 517.

⁹ Dromi, José Roberto. Op. cit, *Manual..*, tomo II, pág. 18.

Para el derecho español el dominio público tiene cuatro elementos, que determinan la noción conceptual y jurídica, a saber:

- a. subjetivo:* que se refiere al sujeto o titular del derecho existente sobre los elementos que componen el dominio público,
- b. objetivo:* se refiere a cuales cosas o los bienes que integran el dominio público,
- c. teleológico:* se vincula con la finalidad o el destino al que estarán sometidos los bienes o cosas de dominio público y
- d. normativo o legal:* se refiere al régimen jurídico especial a que están sujetos estos bienes.

Dentro de este mismo orden, es importante señalar que el dominio público presenta dos caracteres típicos, su inalienabilidad y su imprescriptibilidad, los cuales nacen con su afectación y dura mientras esta exista, protegiendo su integridad como tal, puesto que si los bienes que lo componen no fueran inalienables e imprescriptibles, se podrían ver indebidamente y continuamente disminuidos, contrariando así la finalidad que da razón de ser a su existencia.

También, dentro de este ordenamiento jurídico se suele citar como otro carácter del dominio público, el de hallarse sujeto al poder de policía que el Estado cumple sobre él, con el cual se busca garantizar, en sentido teórico, que los bienes se mantendrán dentro de la esfera del Estado.

Partiendo de que los bienes que componen el dominio público, están destinados al uso público, directo o indirecto, es importante rescatar las formas y modalidades que éste puede adoptar dentro de la legislación española.

Las formas y modalidades que puede adoptar el uso del dominio público deben ser siempre compatibles o corresponder al fin que motivó su afectación. Dentro de las diferentes distinciones, está la que distingue entre el uso común o general y el uso especial o privativo. El primero es aquel que corresponde ejercer a todo el pueblo colectivamente, en forma anónima o impersonal, mientras que el especial o privativo es el que corresponde ejercer, en forma exclusiva e individual, por una sola persona otorgado el carácter por determinada situación.

También el uso del dominio público puede ser directo o indirecto. El uso directo es aquel que tiene lugar en forma inmediata, atendiendo a su naturaleza y destino, como por ejemplo el que transita por una calle. El uso indirecto es que tiene efecto de manera mediata, tal es el caso cuando el bien está destinado a un servicio público, el cual a su vez puede ser individual o colectivo, respondiendo a su naturaleza, como por ejemplo el uso de un aeropuerto o el peaje para transitar en una carretera.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA

En este capítulo realizaré un repaso de las nociones generales del servicio público, historia, concepto, características y principios que lo rigen para, posteriormente, realizar un análisis de las diferentes formas de prestación que se utilizan en nuestro ordenamiento jurídico y que, con base en ello y sin ánimo de hacer un extenso análisis de cada una, abocarnos al estudio, en la segunda parte del presente trabajo, de la gestión interesada.

A. NOCIONES GENERALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Para poder delimitar la noción de servicio público, es necesario referirse al fin del Estado, el cual se ha conceptualizado por el derecho positivo, es decir, en la Constitución Política y las normas dictadas en su consecuencia, como aquel que pone a cargo de cada Estado, modos de cumplir sus cometidos y funciones propias, habida cuenta de los requerimientos y necesidades de cada comunidad, es decir los servicios públicos en sentido estricto, los cuales deben ser diferenciados de los llamados servicios sociales, ya que los primeros buscan satisfacer un interés general, mientras que se recibe un beneficio de los segundos.

Distintos son los autores que intentan buscar los antecedentes de las primeras nociones de servicio público, así se ha indicado que la noción del servicio público aparece en el campo del derecho administrativo, sin que preexista una definición legal que la tipifique y sin que se establezcan sus caracteres de una manera precisa, por lo que es necesario hacer un análisis de su evolución. Así debemos remontarnos a la Edad Media donde se desarrolló y limitó el concepto de gremio, siendo que la

obligación de estos era proveer servicios a cualquiera que lo quisiera a precios razonables.

Sir Matthew Hale, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, en 1670, hizo un resumen de la legislación sobre los negocios afectados con el interés público, definiendo como tales a muelles, transbordadores y grúas en las ciudades portuarias. Posteriormente, también se clasificaron como actividades públicas las que ejercían los panaderos, pilotos de transbordadores, herreros, sastres, cencerros, taxistas y cirujanos¹⁰. En América, en los Estados Unidos, se siguió la práctica y legislación inglesa para definir las actividades de servicio público.

Históricamente, la doctrina francesa elaboró un concepto amplio de servicio público, sustituyendo las bases del Derecho Público, que habían girado en torno al concepto de soberanía, por el de servicio público. No se puede identificar el servicio público como toda acción administrativa, por lo que gran parte de la doctrina ha elaborado un concepto estricto del mismo.

Ya en 1952, Gabino Fraga, en su obra, *Derecho Administrativo*, definió servicio público como:

“... una actividad para satisfacer concretamente una necesidad colectiva de carácter económico, o cultural, mediante prestaciones que por virtud de regulación especial del Poder Público, deben ser regulares, continuas y uniformes¹¹”.

¹⁰ Cubillo Fonseca Leonel, *Apuntes sobre Regulación de los Servicios Públicos*. COPIECO, 1997. San José Costa Rica, pág. 37.

¹¹ Idem.

Y, más recientemente, Charles Phillips Hijo, en *The Regulation of Public Utilities*, dice que:

“...el término empresa de servicio público está dedicado a cubrir ciertas industrias que a través del tiempo han sido clasificadas aparte de la industria en general y que han sido igualmente distinguidas de los servicios gubernamentales con los cuales, sin embargo, han sido relacionadas íntimamente. La base para la clasificación es esencialmente económica y tecnológica, a pesar de que el significado del término es derivado de la ley...”¹²

Como podemos ver, la noción de servicio público es un concepto que ha evolucionado tanto, como a su vez lo han hecho las necesidades y requerimientos de las personas, de manera que su desarrollo debe integrarse constantemente con el que deriva de la historia general de la sociedad, es decir, lo que en un momento fue un servicio público, con el transcurso del tiempo y el avance en todos los campos del quehacer humano, ha dejado de serlo y, por otra parte, actividades que no existían o que no eran consideradas de servicio público, actualmente son, o pueden llegar a calificarse, como tales.

El Derecho Administrativo, como tal, sólo aparece con el ideal del Estado Liberal y, en adelante, se va a regular no sólo las relaciones privadas surgidas del consenso entre particulares, sino que se regulará, incluso, a la autoridad en sus relaciones con los particulares. Su posterior explosión obedece al fenómeno de la consolidación del Estado y de uno de sus fundamentos: la burocracia entendida como la institucionalización de lo público, en lo que concierne a la colectividad.

¹² *Ibidem*, pág. 49

A partir de la Segunda Guerra Mundial, por influjo de las ideas de Keynes y su concepción del Estado Benefactor o Estado Asistencialista, que debía procurar la creación y el reparto de la riqueza, interviniendo en actividades que no podía o no le interesaba asumir al sector privado pero necesarias para el desarrollo social, tales como infraestructura, transporte, producción de energía, etc., las cuales el Estado fue asumiendo como “cosa pública”, con el fin propio de la Administración Pública, o sea, el interés público y el servicio a la comunidad.

Sin embargo, la crisis del Estado Social, la teoría de los fallos del “no mercado” y la ruptura del “compromiso keynesiano” que han emergido durante los años ochenta y noventa, han reflejado un proceso de privatización que ha dado lugar un nuevo modelo de Estado Sociedad¹³, en donde se reduce, cada vez más, el tamaño y ámbito del Estado y se da mayor protagonismo a la iniciativa y actuación privada, por diversas vías, tales como la venta de empresas públicas y el incremento del recurso de contratación o concesión para la prestación de servicios públicos.

Asumir servicios de carácter económico conectados con el interés público, teóricamente, choca con el dogma de abstencionismo, por lo que se adoptó la concesión como la forma típica de gestionarlos, cediendo el derecho de gestión a particulares, conservando la titularidad de la actividad, sin asumir el riesgo empresarial. De tal manera que, desde la perspectiva de la economía liberal, lo único que justifica que el Estado desempeñe el papel de productor de bienes y servicios es la existencia de obstáculos naturales a una oferta privada de los mismo, o sea, que se trate de bienes públicos puros, que carecen de interés para el sector

¹³ Desdentado Daroca, Eva. *La crisis de la identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administración independiente*. Tirant lo Blanch, 1999.

privado y solamente se ofrecen si los produce el Estado porque por sus propias características de indivisibilidad e imposibilidad de exclusión del consumo, no son susceptibles de un tráfico económico normal.

La teoría de los bienes públicos puros, justifica la existencia necesaria de ciertos monopolios públicos, pero desde la perspectiva económica no existe una distinción entre actividades que exigen el ejercicio de la autoridad pública y simples actividades industriales o comerciales, por lo cual, la división entre la gestión directa o indirecta, depende exclusivamente de las opciones valorativas y políticas de cada pueblo.

En medio del caos que significó la Revolución Francesa, se efectuaron reformas totales al régimen jurídico imperante, sentando las bases del nuevo sistema democrático que habría de ser modelo para los países occidentales. Sin embargo, en muchos aspectos la Revolución Francesa no innovó, pues las reglas que se establecieron ya habían sido antes proclamadas y concebidas en otros países, pero su innegable valor es que le dio contenido orgánico a aquellas medidas que se venían dando aisladamente. Por ejemplo, muchos de los postulados de la Declaración de Derechos del Hombre, ya eran vividos en Inglaterra desde hacía más de un siglo y otros habían sido establecidos en las Constituciones de algunos de los Estados que integraron a los Estados Unidos de América.

La caída del *Ancien Régime*, hace necesaria una nueva técnica en la gestión del Estado, ya que antes de la Revolución, el Estado era patrimonio del soberano absoluto; el arbitrio del soberano, ley y los ciudadanos súbditos. Después de la

Revolución, se afirma que los ciudadanos están ligados por un *pactum unionis*¹⁴, no por un *pactum subiectioni*; que el príncipe está vinculado a la ley y, particularmente, a la ley fundamental que es la constitución.

Es así como se empieza a delinear, dentro del Derecho Público, una nueva disciplina que en 1814 encuentra expresión en los *Principi generali di diritto amministrativo* de Gian Domienico Romagnosi (1761-1835)¹⁵. De tal manera que es posible concluir que el Derecho Administrativo es un producto de Europa Continental post-revolucionaria, teoría que puede ser consolidada por la constatación de que en el Derecho inglés, al no haber sufrido el corte tajante de la revolución francesa, entre el mundo feudal y el mundo burgués, no conoce de un Derecho Administrativo al igual que no conoce derechos inmobiliarios (o reales) cerrados en categorías taxativas determinadas. De tal manera que las primeras nociones de servicio público la encontramos en Francia a partir de 1890, al menos en cuanto a su teorización, producto de una idea evolutiva, la necesaria ampliación de los cometidos estatales y la consiguiente satisfacción de mayores necesidades generales.

En las constituciones de la época, dentro de las cuales podemos citar la francesa, se da una sustitución de “rey” por “Nación”, donde el rey era una persona titular del derecho de soberanía, con la transformación, la Nación adquirió ésta. Es

¹⁴ La moderna escuela del Derecho Natural, en siglos XVII y XVIII, explica la aparición de la sociedad humana mediante un contrato (*pactum*) realizado entre los individuos para salir del estado de la naturaleza. Los individuos pueden establecer derechos y deberes recíprocos: es el *pactum unionis*, que es un contrato social y explica el génesis de la sociedad, pero también pueden conferir a uno o a varios el poder de gobernar a los restantes individuos, convertidos en pueblo, es el *pactum subiectionis*, que es un contrato político y explica la génesis del gobierno.

¹⁵ Cfr. Losano, Mario G., *I Grandi Sistemi Giuridici*, traducido al español por Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid, España, 1982, págs. 97 y ss.

precisamente con este cambio evolutivo, y como según lo cita José Luis Salomoni en su obra la *Teoría General de los Servicios Públicos*, que:

“... la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público..., esencialmente en la existencia de una obligación que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen el poder de un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una actividad.”¹⁶

A partir de lo anterior, podemos entender que son las actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes, las que constituyen el objeto de los servicios públicos, cantidad de actividades que van a depender del desarrollo del país en que se analice, para aumentar su número, ya que estos aumentan según las necesidades de una colectividad ante la finalidad del Estado de brindar determinada prestación.

Como he venido señalando, la primera noción de servicio público como “*institución jurídica*” aparece ligada al Estado liberal del siglo XIX, producto del abstencionismo estatal y de la incesante participación particular en actividades que van apareciendo o que, existiendo, no se realizaban por parte de éste. Aquí el Estado es sólo un orientador, lo que posteriormente motivó la necesidad de crear un instituto jurídico, el servicio público, con un régimen jurídico específico y separado del derecho privado, que tuviera continuidad y universalidad, prestado mediante los contratos administrativos y con una prerrogativa de poder público.

¹⁶ Salomoni, José Luis. *Teoría General de los Servicios Público*. Editorial AD-HOC, Buenos Aires, Argentina, pág. 150.

La doctrina señala que al asociar el servicio público con la actividad realizada por la Administración, inicialmente sirve de eje para la construcción del derecho administrativo así como sus instrumentos. En una segunda etapa se trató de conferir al servicio público un “*régimen jurídico especial*”, independiente del régimen de la actividad pública, en donde se trató de darle al servicio público una tipificación en unos elementos que lo definieran, tal y como lo señala Dromi:

“... el fin que se cumple (satisfacer una necesidad pública, colectiva, de interés público), la organización que lo presta (Administración Pública, colectiva de interés público) y la forma o régimen jurídico que lo regula (particularizado en los caracteres de generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad).”¹⁷

Al respecto, ha indicado la Procuraduría General de la República¹⁸ en nuestro país, que la apreciación del carácter de servicio público de una actividad determina la titularidad pública de esa actividad, aunque la gestión sea delegada (en sus diversas formas: concesión, gestión interesada, concierto, etc.) a un tercero. Y ese carácter de servicio público es determinado por el legislador según el ordenamiento del cual se trate, es decir, lo que puede ser considerado como “servicio público” en un ordenamiento, puede no serlo en otro.

En ese mismo orden, con la promulgación de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se establece que será servicio público aquella actividad que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificada como tal por la Asamblea Legislativa, lo que no significa que sólo existan los expresamente contemplados en ésta, es decir, la misma norma deja abierta la

¹⁷ Dromi, José Roberto. Op. cit, *Manual...* tomo II, pág. 2

posibilidad de que el legislador ante una necesidad de carácter general, constituya por medio de una declaración a la actividad como tal, acto que es denominado “publicatio”.¹⁹

Finalmente, debo señalar que para el siglo XX y con la participación de un Estado intervencionista, la noción que se tenía de servicio público pasa a ser inadecuada, mostrando la necesidad de ajustarse a los tiempos modernos, dejando de verse estos como un monopolio estatal, ya que es producido también por entes públicos no estatales, es decir, un incremento de la participación privada en la prestación de los servicios públicos, pero el régimen es común a toda la actividad gestora, sea o no estatal.

Este nuevo modelo de actuación del Estado, que incluye la privatización de sus empresas o la concesión de obras y servicios, ha sustituido viejos problemas por nuevos, ya que se plantea la necesidad de un control externo, la supervisión y fiscalización pública de las empresas privatizadas y el incremento de la intervención administrativa en la economía para regular el mercado en aras del interés general y de la protección de los intereses de los ciudadanos. De tal manera que la intervención administrativa no es menor, sino diferente. La actividad de producción y prestación directa de bienes y servicios ha retrocedido, pero ha avanzado la actividad de regulación y de control y, además, la Administración ha debido asumir potestades de sanción al incumplimiento de las obligaciones establecidas y, competencia de resolución de conflictos entre operadores de los servicios públicos con carácter obligatorio para las partes.

¹⁸ Opinión Jurídica OJ-120-2000.

¹⁹ El acto de publicatio es aquel mediante el cual una actividad queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Obviamente solo puede darse este carácter por medio de ley formal.

B. CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

Desde tiempos atrás se ha pretendido precisar el concepto de servicio público, no obstante existen tantos conceptos como autores que se han ocupado del tema, llegando a decirse que en la doctrina encontramos interpretaciones negativas, las cuales se refieren a la crisis y extinción del servicio público y las positivas, al fin las que interesan en el presente trabajo, en la que tenemos variadas alternativas intermedias. Por ejemplo, Díez lo define como:

“la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general”.²⁰

Para Dromi es:

*“un fin próximo o un medio para un fin mediato (el bien común) que se traduce en actividades públicas, en forma de -servicio, obra, función, o prestación- de interés público y con un régimen jurídico ordinario y común de derecho administrativo, como en a todo el quehacer de la función administrativa”*²¹.

Por su parte Villegas Basavilbaso define los servicios públicos como:

*“toda actividad directa o indirecta de la Administración Pública, cuyo objeto es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público”*²².

²⁰ Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Editorial Omeba, España, 1967, tomo III, pág.192.

²¹Dromi, José Roberto, Op. cit, *Manual ...*, tomo II., pág. 4.

²² Villegas Babilbaso, Benjamín. *Derecho Administrativo*, tomo III, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 49

Sarmiento García, en su artículo *Los servicios públicos*, publicado en la revista Mundo Jurídico, ofrece una definición descriptiva del servicio público así:

“es la actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tiene por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas, sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado, y asegurada por normas y principios que tienden a dar prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas”.

En nuestro país y tal como se señaló anteriormente, la Ley 7593 de la Autoridad Reguladora, en su artículo 3, inciso a) se define el concepto de servicio público como:

“El que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.”

Al analizar las anteriores definiciones de servicio público formuladas por la doctrina, encontramos que dentro de la generalidad, servicio público, es toda actividad del Estado, sin embargo, aun cuando se den variedad de definiciones, en todas ellas encontramos un común denominador el cual es la prestación técnica para la satisfacción de una necesidad pública a cargo de una organización pública.

Se puede puntualizar entonces que el servicio público es la justificación de toda la actividad del Estado, es decir, que una actividad declarada como servicio

público queda incorporada al quehacer del Estado y, como consecuencia, excluida de la acción libre de los particulares (exclusividad regalística o titularidad pública sobre la actividad). Dado el interés público y el bien común, quedan reservados y encomendados, en principio, al Estado, que ejerce sobre ellos una dirección unitaria y exclusiva, así, cuando el servicio público es prestado por un concesionario, es una actividad propia del Estado que aquél gestiona en su nombre, temporalmente, bajo la inspección y vigilancia de la Administración.

C. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS DEL SERVICIO PÚBLICO

Las características de los servicios públicos encuentran su respaldo en el desarrollo de la noción y del concepto que se ha tenido, sin embargo, es importante indicar que participa de las mismas características que posee toda la actividad administrativa, lo que no lo exime, de tener particularidades que lo individualizan, aunado a los elementos que son parte integral de su desarrollo y práctica.

1. Características

Se ha dicho que el servicio público posee un régimen jurídico peculiar, constituido por una serie de prerrogativas, obligaciones y garantías, que la doctrina ha considerado como los características propias del servicio público.

Así, por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en la sentencia del caso *Munn vs Illinois*²³, al dar las pautas para definir, regular y fijar los precios justos para las actividades de servicio público, indicó que:

“...Si una actividad económica está (1) afectada por el interés público, (2) tiene una íntima conexión con los procesos de transporte y distribución, (3) está bajo la obligación de brindar sus instalaciones al público, generalmente a su solicitud, mediante el pago de tarifas justas y no discriminatorias, y (4) disfruta en una gran medida de independencia y libertad de la competencia comercial motivadas por (a) disfrutar de un status monopolístico, o (b) por la concesión de una franquicia o certificado de operación del Estado que la coloca en esta posición, ella es... un servicio público...”

En nuestro país, la Procuraduría General de la República, al evacuar reiteradas consultas, ha indicado que en síntesis, las características del servicio público son:

a. Actividad es de interés general

El interés general se manifiesta en el carácter esencial de la actividad para el desenvolvimiento del Estado o porque satisface un interés o necesidad colectiva. Es actividad administrativa básicamente industrial o comercial de poder político mediante la cual se tiende a alcanzar las funciones del Estado de bienestar y progreso social.

Así también lo manifestado por la Sala Constitucional, en su voto 10134-99, donde indicó que *“una actividad es de carácter general cuando muchas personas pueden identificar en ella su necesidad individual, o lo que es lo mismo, la necesidad general es la suma apreciable de concordantes necesidades individuales”*.

²³ Paul Garfield and Wallace Lovejoy, *Public Utility Economics*. Prentice Hall. 1964, pág.11

b. Naturaleza pública

Es la declaración de una actividad como servicio público la que determina su naturaleza, la cual es preciso se de por la Asamblea Legislativa. La titularidad del servicio público siempre corresponderá a la Administración, siendo la encargada de realizar o tutelar la actividad, en aras de preservar el interés público.

Esa declaración de servicio público lo que pretende es enaltecer su figura como un instrumento determinante del bien común, el cual constituye la causa final del Estado.

c. De titularidad estatal y de gestión privada

Tiene que ver con el sujeto que presta el servicio público, es desarrolla por entidades estatales, en nombre propio o, por su delegación, en donde, no obstante el particular es un colaborador de la Administración Pública, se encuentra sujeto a las potestades de ésta, especialmente a la fiscalización y control de su actividad, aunque también, mediante alguna técnica de transferencia, suele recibir determinados poderes públicos que pertenecen iure proprio a la Administración, a parte de la retribución económica por la prestación.

La titularidad estatal sobre los servicios públicos no es forzosa ni necesita mayores justificativos, pues el Estado no necesita ya de previa declaración de titularidad de determinadas actividades.

d. De contenido económico

Tanto los costos de la prestación como las inversiones que es necesario realizar en el marco de la prestación de un servicio público son retribuidos mediante el pago de las tarifas correspondientes. Por lo que su desarrollo está sometido al principio de mantenimiento de la ecuación económica de su prestación y que su progreso y eficientización dependen de la inversión en tecnología e infraestructura.

Esta característica los distingue de los denominados servicios sociales.

e. Destinados a satisfacer necesidades

El fin es satisfacer necesidades de los individuos con importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una relación jurídica con el usuario. La actividad desarrollada es técnica, concreta y práctica.

La doctrina ha señalado que en la medida de que esté en juego uno de los fines esenciales de los poderes públicos, será la necesidad el fundamento del accionar estatal. Que la necesidad como móvil de actuación estatal se vincula estrechamente con el ya enunciado principio de subsidiariedad en la actuación del Estado.

f. El régimen que lo regula

Poseen un régimen especial de Derecho Público que permite el mejor desarrollo en la satisfacción de las necesidades, pero con una regulación que permita a los administrados o usuarios recursos legales contra eventuales abusos autoritarios, lo cual constituye el elemento formal.

2. Elementos

Cuando hablamos de los elementos de los servicios públicos, estos surgen de las características de los mismos. Podemos decir que los principales elementos de identificación de los servicios públicos son:

- a. Teleológico: es la satisfacción de la actividad colectiva o de interés público.
- b. Subjetivo u orgánico: la prestación está a cargo de una entidad estatal o de un particular. En este último caso, bajo control y dirección del Estado.
- c. Material: se divide en dos aspectos: i) la actividad técnica, práctica o concreta y, ii) prestación suministrada directa o indirectamente a los particulares.
- d. Formal: sometido a un régimen jurídico especial.

D. PRINCIPIOS

Para referirnos a los principios que imperan en los servicios públicos hay que partir de que la prestación de estos va dirigida a las necesidades colectivas que se satisfacen. Es a partir de la identificación de una técnica legal de regulación sobre estas actividades que buscan satisfacer dichas necesidades, que surgen los principios, los cuales buscan que la prestación sea acorde con el interés general y el bien común.

Podemos indicar que en la doctrina hay un acuerdo generalizado²⁴ en considerar que los principales principios que rigen la prestación del servicio público, son:

1. Generalidad

Tiene que ver con el libre acceso al servicio; razón por la cual no se permitirán los monopolios que limiten la prestación del servicio. Esta situación no presenta problemas cuando los servicios públicos se prestan en régimen de Derecho Administrativo, es decir por la propia Administración, sin embargo, en la prestación delegada por un sujeto de derecho privado, este principio debe valorarse sobre la titularidad pública de la actividad y del fin que se busca.

La finalidad de este principio es precisamente garantizar determinadas prestaciones a los individuos sin distinciones de profesión, concepciones filosóficas, ideológicas o religiosas, partiendo de la igualdad que es principio fundamental, con base en la propia Constitución, la cual determina la posición de los particulares frente a la actividad de los Poderes públicos en su conjunto.

2. Uniformidad o Igualdad

Busca igual acceso de todos los habitantes en análogas condiciones; no se podrán establecer ningún tipo de discriminación contra un determinado grupo, sector, clase o usuario. Sobre la base del principio de igualdad que establece en su artículo 33 nuestra Constitución Política, nace un derecho subjetivo, cuyo ámbito de

²⁴ Sánchez Pérez, Luis. *Servicio Público. Técnica de Protección al Usuario*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, pág. 84 a 88.

aplicación abarca las prestaciones tales como los servicios públicos. Sin embargo, se puede justificar la desigualdad de trato en concordancia con la discrecionalidad del legislador y de la propia Administración, tratándose de la organización del régimen de prestación en aquellos servicios diferenciados por categoría.

Como ejemplo de lo anterior, hoy existe una sensibilidad social y política en relación con la necesidad de adaptar las condiciones de prestación de los servicios públicos a determinados grupos de personas en desventaja frente a la generalidad, como son los disminuidos físicos y psíquicos.²⁵

3. Continuidad

Se define que la prestación del servicio debe ser ininterrumpido; debiendo inclusive estar preparados para factores como el incremento de la demanda. Esa continuidad reviste un carácter absoluto según el servicio de que se trate, por ejemplo en el caso del agua, la cual es vital para la subsistencia del individuo.

Sin embargo, esta continuidad también es exigida para otros servicios, tales como electricidad y telefonía, vistos desde la importancia que tienen para la vida moderna hoy.

4. Regularidad

²⁵ Miguez Macho, Luis. *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*. Editorial Cedecs. Barcelona, 1999, pág 144.

Suele confundirse con la continuidad, sin embargo, su objeto es distinto, ya que ésta busca que la prestación del servicio se preste conforme a reglas preestablecidas o determinadas normas técnicas y legales, que den la pauta de normalidad.

Por lo general vienen dadas en la norma que rige el servicio o, en el mismo contrato.

5. Obligatoriedad

Este principio es inherente al servicio público, y se define como la inexcusabilidad de la prestación; busca una vinculación entre el Estado y el prestatario en relación con los derechos de los usuarios que utilizan el servicio.

6. Calidad

Servicio adecuado al nivel técnico y al desarrollo científico de la actividad en contraposición al precio, así como también diligencia y respeto en el trato al usuario;

7. Eficiencia

Es el logro o resultado oportuno de la prestación del servicio, independientemente de quien lo preste.

8. Servicio al costo

Un precio justo y razonable, que contemple únicamente los costos necesarios para prestar el servicio y una retribución razonable (rentabilidad, rédito, rédito para el desarrollo, ganancia, etc.) a la inversión.

Una vez desarrollados los principios que rigen los servicios públicos, solo cabe señalar que estos no se han modificado, sino que con la evolución de la noción y del concepto, estos se refuerzan, con el fin de dar una protección al usuario, destinatario final del servicio.

E. MODOS DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Hasta hace muy poco, doctrinariamente se relacionaba el concepto de servicio público con una prestación ofrecida solamente por un ente estatal, sin embargo, como hemos visto, con el transcurso del tiempo y en la práctica, hoy no es del todo así, ya que es una situación que ha ido cambiando, porque cada vez se ha dado más campo a la iniciativa privada en la prestación de servicios públicos. Debo recalcar que ello, de ninguna manera, implica abandono o renuncia por parte del Estado, sino que el mismo sigue garantizando la ejecución del servicio respecto de los particulares, el Estado continúa como responsable de la seguridad pública que produce una ejecución inhábil del servicio.

La actividad contractual del Estado dentro de la esfera del Derecho Público se va a centrar en la figura del contrato administrativo que se define por la inclusión de una serie de facultades que aseguran el cumplimiento del interés general y por un objetivo tendente a la realización de obras y servicios de carácter público que están

dentro del "giro o tráfico" propio de la Administración que actúa y cuya titularidad le corresponde.

La titularidad de la competencia para prestar estos servicios corresponde al Estado que, desde un punto de vista organizativo, puede ejercerla de forma centralizada o descentralizada. En el primer caso, la entidad estatal va a asumir su propio riesgo absorbiendo ilimitadamente las pérdidas producidas, no existirán intermediarios y se llevará a cabo por funcionarios y personal propio, dependiendo directamente de sus órganos de gobierno.

Si el servicio se presta descentralizadamente, esta autonomía puede ser de carácter orgánico, si se crea un Consejo de Administración y se nombra un gerente o patrimonial, cuando se crea, *ex profeso*, un organismo autónomo, una fundación o una sociedad mercantil participada por la entidad pública.

Otra de las formas es la figura denominada genéricamente, contrato de gestión de servicios públicos, la cual considerada la doctrina ya no es una figura contractual definida, ya que incluye diversas modalidades y por la que se encomiendan a una persona física o jurídica el ejercicio de actividades que satisfagan las necesidades esenciales de la población.

Dentro de este orden de ideas, nuestro ordenamiento jurídico recoge regulaciones específicas para los tipos de contratos usuales, a saber: gestión de servicios públicos, concesión de servicios y concesión de servicios con obra pública, entre otras.

Las disposiciones reguladoras de la gestión de servicios públicos siempre han partido del grado de inmediatez con que éstos se prestan para clasificar las formas de gestión en directa e indirecta, esta última, punto medular del presente trabajo.

1. Gestión Directa

La gestión directa es la asumida por la propia Administración; por sí misma o mediante la utilización instrumental de una persona jurídica vinculada a aquélla jurídica y económicamente, como lo son las empresas públicas. La Entidad puede actuar a través de sus órganos ordinarios, de manera indiferenciada respecto de las restantes actividades del órgano, o a través de una “organización especializada”, órganos específicamente encargados de tal gestión, cuya estructura suele adoptar aspectos societarios, aunque sin personalidad propia, al dotarse de un gerente y un consejo de administración, que actúan con cierta independencia funcional y con autonomía presupuestaria.

Hoy podemos citar que existe un segundo sistema de gestión directa, el cual consiste en la creación de una persona jurídica instrumental ya sea de derecho público o de derecho privado con participación íntegra de la Administración.

No obstante lo anterior, es posible que las Administraciones Públicas titulares de la prestación del servicio público decidan crear algún tipo de vínculo entre ellas porque se den circunstancias que lo hagan aconsejable, concurren competencias o existan decisiones de colaboración interinstitucional. A este género podríamos denominarlo gestión compartida de servicios. Es aquí donde nos encontramos con distintas modalidades de organización supra municipal, como la Unión de Gobiernos Locales y entran dentro de lo que la ley denomina organismos autónomos.

Los elementos de la gestión directa son:

a. Subjetivos:

Una Administración territorial puede gestionar el servicio valiéndose de sus órganos ordinarios o por medio de órgano personificado, pero, en todo caso, no opera ni por contrato ni por tercero interpuesto, sino que ella misma, como poder público, conserva las facultades de gestión.

b. Objetivos:

La finalidad de la gestión directa es conservar el derecho de gestión de aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad, aunque también otros pueden ser objeto de gestión directa.

Se consideran formas de gestión directa:

- i) La gestión indiferenciada o sin órgano especial de prestación,
- ii) La gestión mediante órgano especial de prestación,
- iii) Los servicios públicos personificados y
- iv) Las sociedades privadas de capital mixto.

2. La Gestión Indirecta

La gestión indirecta es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual, mediante las que la Administración mantiene la

titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella.

De las formas de gestión indirecta de servicios públicos, la más antigua es la concesión, la cual aparece al momento del afianzamiento de la soberanía nacional, del paso del Estado individualista al Estado gestor del servicio público en donde el contratista aparece como colaborador del Estado, mediante el cual la Administración mantiene la titularidad del servicio, permitiéndole su reglamentación y vigilancia y cede su gestión, al concedérsela a un particular. Aparece la primera forma jurídica de prestación de servicio por los particulares, como concepto paralelo a la *concessio principis*, para el uso de los bienes demaniales. También entran dentro de la gestión indirecta la gestión interesada, el concierto, el arrendamiento y la sociedad mixta.

F. MODOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Los contratos administrativos, nominados o innominados, participan de los principios y reglas de la teoría general de los contratos administrativos, pero presentan rasgos de diferenciación jurídica. Es así como desde una perspectiva doctrinal, se ha considerado que el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual definida, sino que bajo su rúbrica común se encubre una pluralidad de diversas técnicas contractuales, siendo, más que un tipo contractual definido, una simple técnica de gestión de los servicios públicos.

La delegación de servicio público surgió para designar tanto a la concesión de servicio público como a un conjunto de contratos que tienen la finalidad de confiar a un empresario la ejecución de un servicio público. Así se puede indicar que las

normas jurídicas del servicio público han sido construidas históricamente sobre la figura de la Concesión, pero se ha considerado aplicable igualmente a otras formas de gestión indirecta, tales como la Licencia y el Permiso, la Autorización, el Concierto y la Gestión Interesada, aunque cada una de éstas introducirá determinadas variantes o peculiaridades.

1. La Concesión

La noción de concesión tiene un origen en el derecho francés y es muy anterior a la aparición de la noción de servicio público, a la cual ha sido asociada posteriormente. La aplicación de la concesión al servicio público, al igual que la ósmosis que se produjo entre las nociones de obra pública y de servicio público, ha ido modificando el sentido de la institución. Para definir el concepto propiamente, podemos citar que es:

*“ el acto por el cual la administración pública transfiere a otro sujeto de derecho – normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica – un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión concede un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente, su característica esencial estriba en caracterizarse por ser un acto administrativo creados de derechos.”*²⁶

Existen dos tipos de concesiones:

i) las constitutivas: que son aquellas por las cuales la Administración constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que

se forman ex novo (v.gr. concesiones especiales de dominio publico como la explotación y aprovechamiento de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego,

ii) las traslativas: en las que el derecho del concesionario nace como una consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (v.gr. concesiones de obra pública y concesiones de servicio público).

a) Concesión de Obra Pública

El concepto de obra pública, como institución jurídico-administrativa, se perfiló históricamente antes que la de servicio público y se trata de una obra artificial, creada por el trabajo humano. Es el resultado perseguido por la Administración en pro de un fin de utilidad general.

Existen dos procedimientos para realizar una obra pública, el directo, en donde la Administración es la que realiza el trabajo y el indirecto, la concesión de obra pública, que es cuando se concede el trabajo a una entidad privada. En éste último caso, el Estado, indirectamente, lleva a cabo una obra pública, mediante terceros.

En Costa Rica, la Ley 7762 de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos de 14 de abril de 1998, en su artículo 1º, define la Concesión de Obra Pública como:

“El contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción,

²⁶ Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Dike, San José, Costa Rica. 2002, pág. 451.

conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o bien a beneficiarios del servicios o contraprestaciones de cualquier tipo por la Administración concedente”.

En este tipo de contrato, el concesionario solo construye la obra, no gestiona el servicio.

La Contraloría General de la República, en el expediente legislativo de la Ley General de Concesión de Obra Pública, folio 292, menciona los elementos definatorios de la concesión de obra pública, así:

1. La construcción de una obra nueva
2. La reparación o ampliación de una obra ya existente,
3. La necesidad de que el concesionario aporte su capital para construir la obra en virtud de la carencia de recursos del Estado, inversión que será recuperada más una utilidad prevista, mediante la explotación del uso de esa obra durante en plazo determinado.

La Administración contrata con el concesionario la realización de una obra pública, a quien no le paga un precio por la construcción, sino que se le remunera otorgándole una participación económica de la explotación de la nueva obra pública que construya, por un plazo determinado. A mi entender, a la luz de lo establecido por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, la explotación de la obra pública la realizará directamente la Administración, pudiendo, como remuneración, ceder un porcentaje o la totalidad de la tarifa, peaje, etc., durante un plazo determinado, al concesionario.

En la jurisprudencia francesa, la identidad de la concesión de obra pública se manifiesta en las relaciones entre la autoridad concedente y el concesionario, quien actúa en nombre de la Administración que le otorga la concesión. Así encontramos *el arrêt Entreprise Pierrot*, relativa a las autopistas de peaje, según la cual “la construcción de autopistas nacionales tiene el carácter de obras públicas, cuya responsabilidad es del Estado”²⁷ por lo que los contratos celebrados por el concesionario se entienden hechos en nombre del Estado y tienen, por este motivo, el carácter de contratos administrativos de concesión de obra pública.

Debemos notar que a partir del desarrollo de la noción de servicio, la concesión de obra pública ha sido progresivamente absorbida por la concesión de servicio público y, la mayor parte de las concesiones de obra pública se han convertido en concesiones de servicio público y, cuando el papel de la obra resulta relevante, en concesiones de obra pública con servicio público.

b) Concesión de Obra Pública con Servicio Público

La concesión de obra pública con servicio público es un tipo de contratación que implica la intervención directa del concesionario en la explotación de una obra pública, ya que la Administración contrata la realización de una obra y no paga un precio, sino que otorga al contratista, durante un plazo, la explotación de la obra pública que construyó. Este contrato tiene las mismas características del contrato de obra pública, pero con la diferencia de que este es aleatorio para el concesionario,

²⁷ TC 8 de enero de 1963, *Société Entreprise Pierrot*, rec. P. 787, citado por Ruiz Ojeda, Alberto y otros, en *La Participación del Sector Privado en la Financiación de infraestructuras y equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España*.

ya que los beneficios dependen de un hecho incierto, los ingresos durante el plazo de la concesión.

De tal manera, podemos ver que este contrato está integrado por dos fases: la construcción de la obra pública y, la concesión para su explotación por un plazo acordado con el contratista, o para quienes hayan financiado la obra²⁸ y, durante el período de la concesión, se crean relaciones jurídicas, no sólo entre la Administración y el constructor o quien financia la obra, sino también con los administrados o usuarios, porque la Administración delega parte de su poder jurídico para gestionar y realizar el servicio, así como de cobrar su importe. Desde luego, la Administración conserva el poder de fijar y modificar el monto a cobrar a los usuarios, ya que este poder es indelegable.

Por lo tanto, en la fase de concesión el concesionario o el inversor deberá obtener el beneficio por su inversión más ganancias razonables, las cuales fueron previstas en el pliego de bases y condiciones. Asimismo, tendrá la facultad administrativa de recibir de los usuarios un pago diferencial por el uso de la obra y la Administración fijará dicho pago mediante una tasa, tarifa o peaje²⁹.

También se admite otra forma y es la contribución de mejoras, mediante la cual los administrados, cuyas propiedades adquieren mayor valor por la obra, pagan su construcción al concesionario.

c) La Concesión de Servicios Públicos

²⁸ Dromi, José Roberto. Op. cit, Manual ..., tomo I, pág. 364.

²⁹ Dromi, José Roberto. Op. cit, Manual ..., tomo I, pág. 365.

La concesión de servicio público es el contrato mediante el cual la Administración entrega la organización y el funcionamiento de un servicio público por determinado plazo. Este contrato implica la delegación de facultades por parte del Estado, quien conserva la dirección y el control y que, asimismo, no significa un traspaso definitivo de dichas facultades.

La concesión de servicio público, generalmente aceptada por la doctrina, es que es un acto mediante el cual el Estado encarga a una persona –individual o jurídica, privada o pública– por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público; dicha persona, concesionario, actúa a su propia cuenta y riesgo, recibiendo por su labor la remuneración correspondiente, que puede ser en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez y; que se otorga en interés público. La teoría de la concesión del servicio público la presiden estas dos ideas:

1. Aunque sea concedido el servicio, el mismo seguirá siendo un servicio público, por lo que la actividad de la empresa concesionaria se halla sometida a la Administración pública y a normas especiales emanadas de la misma.
2. Los concesionarios no son titulares de un derecho, sino simplemente beneficiarios de un procedimiento legal para que puedan instalarse o desarrollarse determinadas actividades de interés general, siendo este interés al que se trata de proteger sobre cualquier interés privado de los particulares a quienes se les encomienda la prestación.

Las atribuciones delegadas las asigna el Poder Ejecutivo al concesionario, quien actuará bajo el control y vigilancia de la autoridad concedente. Es una adjudicación de atribuciones o facultades, una transferencia transitoria de potestades

públicas³⁰. Es decir, que la Administración transfiere o cede, temporalmente, una jerarquía de actuación que originalmente es administrativa, sin que lleguen a transferirse totalmente las facultades administrativas, de tal modo que la Administración mantiene, sobre el dominio y el servicio público cedidos, su propia titularidad constitutiva e inderogable, ya que tiene un poder originario para controlar el servicio concedido y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias y, no obstante la concesión, el servicio sigue siendo público.

Por su parte, el concesionario dispone de un poder de policía delegado, ya que debe hacer cumplir a los usuarios, los reglamentos que controlan el servicio que prestan.

Se trata pues, de un contrato a través del cual el empresario privado asume exclusivamente los riesgos y beneficios de la explotación mediante una retribución que pasó a regirse por el principio de cobertura suficiente y mutabilidad contractual.

La figura de la concesión se ha visto alterada por lo que se refiere en cuanto quien asume el riesgo ya que los ingresos del concesionario no serán únicamente la contraprestación obtenida del usuario sino también las aportaciones de la Administración concedente previstas en el contrato o debidas a la alteración del equilibrio económico de la concesión por razones como el *ius variandi* de la Administración o la doctrina del *factum principis* o riesgo imprevisible.

En España, v.gr., la jurisprudencia ha llegado a conclusiones parecidas acerca de la naturaleza del contrato de gestión de servicios públicos. La sentencia del Tribunal Supremo de ese país del 27 de enero de 1992 declara lo siguiente:

³⁰ Dromi, José Roberto, op. cit., Manual ..., tomo I, pág. 367.

“En el ámbito del Derecho Administrativo no existe –pese a que otra cosa pudiera parecer a tenor de la Ley de Contratos del Estado– un contrato específico de gestión de servicios públicos, sino que es necesario hablar de una pluralidad contractual diferenciada a través de la que es posible dar cabida a todo tipo de gestión indirecta de un determinado servicio público.”

El Derecho positivo define este contrato como un vínculo jurídico a partir del cual una persona natural o jurídica se compromete a gestionar servicios de competencia pública cuando éstos reúnan los siguientes requisitos:

- (a) Que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares.
- (b) Que exista un régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia.

De tal manera que la Administración conserva, aún cuando la actividad sea prestada por terceros, poderes internos de dirección, modificación y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y sobre la organización misma que la realiza, es decir, la Administración sigue siendo titular y por ello sigue teniendo la dirección y responsabilidad de la prestación, de ahí que conserve el poder de ordenar, de alterar unilateralmente las condiciones de la prestación. Lo esencial no es el concesionario, ni sus intereses, el servicio es lo único fundamental; es siempre un servicio público de la Administración, no del concesionario.

Por su parte, la Unión Europea aún no ha afrontado la regulación de los contratos de gestión de los servicios públicos. Tan solo se han aprobado Directivas respecto al contrato de concesión de obras públicas (93/37/CEE) y para los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones (93/38/CEE y 92/13/CEE). En estos textos legales se delimita el concepto de entidad adjudicataria, umbrales mínimos de aplicación, especificaciones técnicas y condiciones de publicidad, concurso y adjudicación.

Sin embargo, la Unión Europea se ha concebido como un mercado único basado, principalmente en el principio de la libre competencia, principio que se aplica tanto a las empresas públicas como a las privadas, incluidas las que prestan servicios públicos.

El Tratado de Roma, en su artículo 90, prohíbe a los Estados favorecer a las empresas públicas con ayudas que falseen la libre competencia o que puedan significar un abuso de posición dominante, pero el mismo artículo en su acápite 2, establece la posibilidad de excluir de la aplicación del principio de competencia a las empresas encargadas de la gestión de “servicios públicos económicos de interés general”, siempre y cuando esto sea imprescindible para el cumplimiento de la misión específica que tengan confiada.

Asimismo, en la comunicación sobre “Los servicios de interés general en Europa”, publicada el 26 de septiembre de 1996, se reconoce la existencia de servicios de interés general que contribuyen a la cohesión económica y social y que los europeos esperan recibir con calidad y precios asequibles y, aunque establece que deberán prestarse en régimen de competencia y libertad, también dice que

ello puede ir acompañado del establecimiento de declaraciones de servicio universal³¹ o de la imposición de obligaciones a los operadores privados.

Podemos inferir que el Derecho Comunitario se encuentra encaminado hacia la liberalización de sectores económicos en aras de la eficiencia y la competencia, pero de tal forma que ello resulte compatible con la prestación universal y la calidad de aquellos servicios que los ciudadanos europeos consideran conquistas irrenunciables.

2. Licencias y Permisos

Así como las concesiones, el Estado podrá otorgar licencias y permisos para la explotación de servicios públicos, los cuales son una consecuencia de la búsqueda de modalidades de privatización y que pueden emplearse, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pero teniendo siempre en cuenta el menor plazo posible y en las mejores condiciones.

La Licencia supone la reunión de ciertos requisitos necesarios para el ejercicio de una actividad determinada que implica una autorización o consentimiento del poder público removiéndose un obstáculo jurídico. El permiso también se identifica con la licencia en cuanto a dichos elementos pero se diferencia de él pues su otorgamiento se circunscribe a un solo y único caso o aun momento determinado.³²

³¹ En el *Libro Verde de servicios y equipos de telecomunicaciones* de 1987, se hace referencia a la necesidad de garantizar un “servicio universal”, es decir, un servicio básico ofrecido a toda la comunidad en condiciones tarifarias asequibles y acorde a un nivel estándar de calidad y se afirma que ese servicio constituye “una de las principales exigencias políticas de la Unión”.

³² Ramírez Gronda, J.D. *Diccionario Jurídico*. Editorial Claridad S.A., Argentina. 5ta. Edición, 1961, pág. 192.

En ese otorgamiento de licencias o permisos, se deben atender los siguientes criterios:

- a. La necesidad de preservar el interés público de recibir el servicio básico de la más alta calidad a precios justos y razonables.
- b. La necesidad de promover la competencia y el ingreso de nuevos prestadores en aquellas áreas o servicios para los que no existieran licencias con régimen de exclusividad.
- c. El objetivo a largo plazo de desregular toda prestación en la cual exista una efectiva competencia, en la medida en que con ello no se afecte el interés público de recibir servicios adecuados a precios razonables.

Tanto la licencia como el permiso, deberán contemplar:

- (a) Los servicios específicamente incluidos, distinguiendo los que se otorguen en exclusividad de los que se concedan en un régimen de libre competencia.
- (b) El plazo por el que se otorga que debe ser compatible con una eficiente explotación del servicio, adecuada amortización de las inversiones y razonable rentabilidad.
- (c) El ámbito geográfico comprendido.
- (d) Las obligaciones que se le impongan al licenciatario o permisionario.
- (e) Los derechos comprendidos en la licencia o el permiso.
- (f) El régimen tarifario.
- (g) El régimen sancionatorio aplicable.
- (h) La información técnica y económico-financiera que deberá suministrar o tener a disposición de la autoridad de control del servicio.

Además la licencia deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) objeto;
- b) término de duración;
- c) régimen de prestación del servicio;
- d) régimen de los activos afectados al servicio;
- e) régimen de ocupación de dominio público;
- f) servidumbres y restricciones al dominio público;
- g) régimen de ampliaciones y mejoras;
- h) reglamento del servicio y tarifas;
- i) régimen de penalidades;
- j) terminación de la licencia y consecuencias jurídicas de ella;
- k) tratamiento de la queja de los usuarios;
- l) relaciones con la autoridad reguladora;
- m) ley aplicable y jurisdicción; y
- n) causales de caducidad por inobservancia de la licencia.

El artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública regula los permisos de manera expresa, el cual es un acto administrativo de carácter unilateral. Estos permisos se otorgan para explotación de servicios públicos y tienen carácter precario y con término de vigencia. Con el permiso no se autoriza ni delega nada, sino que se tolera o se permite realizar una actividad determinada.

La naturaleza del permiso implica la simple eliminación de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder previo. Es decir, se refiere a una concesión de alcance restringido, pues otorga derechos de menor intensidad y mayor precariedad y, más que otorgar un derecho, tolera un uso. Se caracteriza porque:

- a. Crea una situación jurídica individual condicionada.

- b. Se da *intuitu personae*.
- c. Confiere un derecho debilitado o interés legítimo.
- d. Es precario ya que la Administración puede revocarlo sin derecho al resarcimiento.
- e. Su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa.

3. Autorización

La Autorización tiene un doble alcance jurídico, puesto que, puede ser vista como un acto de habilitación o como un acto de fiscalización. Integra la voluntad administrativa y su omisión sólo puede ser subsanada por una confirmación expresa a posteriori.

Como acto de habilitación cubre, las autorizaciones otorgadas al administrado por razones de orden público, es un acto administrativo, por el cual la Administración le concede al administrado la potestad de ejercer derechos preexistentes después, de una apreciación discrecional de su oportunidad y voluntad respecto del interés general.

Como acto de fiscalización o control es una declaración de voluntad administrativa constitutiva o de remoción de obstáculos preexistentes para superar los límites que el ordenamiento jurídico le pone al libre desenvolvimiento de la actividad pública. Es un acto de control, puesto que, por su medio un órgano o ente faculta a otro para que se dicte un acto, se despliegue una actividad o realice un comportamiento.

4. Concierto

El concierto no supone más que una concesión administrativa cuyo plazo es inicialmente más breve que el supuesto general. En ordenamientos jurídicos como el español, es una de las figuras utilizadas por la Administración, sin embargo, en Costa Rica, solo se ha utilizado una única vez, vía reglamento, sobre la base del artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, que se refiere a la posibilidad de utilizar figuras atípicas no indicadas expresamente en ordenamiento jurídico.

Específicamente fue utilizado por el Sistema Nacional de Riego y Avenamiento (SENARA), según Decreto Ejecutivo 28333-MAG de 3 de noviembre de 1999, mediante el cual se obtenía la financiación para la construcción de un canal de riego en Guanacaste. Es importante señalar que el Concierto no ha generado mayor discusión desde su aprobación.

5. Gestión Interesada

La gestión interesada, como dijimos, es un contrato mediante el cual una empresa gestiona un servicio público en nombre de la Administración, que corre con los riesgos de la actividad y que remunera al gestor con los productos de la explotación del servicio, según unas modalidades que permiten asociar esta remuneración con los resultados de su gestión. El gestor interesado, por su parte, efectúa las operaciones de gasto e ingreso del servicio en nombre de la Administración.

La gestión interesada se diferencia de las otras formas de indirectas de gestión en que, en esta última, a través de un contrato, la Administración transfiere a un

particular el riesgo de la explotación económica de un servicio público, sin embargo, en la gestión interesada, la Administración sigue participando en el *aleas* de la explotación.

Se refleja un compromiso del gestor para prestar el servicio público contando con la colaboración de la Administración que aporta las instalaciones necesarias para su desarrollo y con una contraprestación mínima que aumentaría cuando los beneficios de la explotación sobrepasasen un nivel determinado (cláusula de interesamiento), fomentando una prestación más eficiente.

Una de las principales funciones de estos contratos es repartir los riesgos entre las partes. El régimen de los contratos administrativos representa un compromiso elaborado por la jurisprudencia entre las prerrogativas de la Administración, que se corresponden con el riesgo político que asumen y las garantías que protegen los intereses de los contratistas.

En cuanto a las funciones, el gestor aparece como un explotador que goza de una gran autonomía en la prestación del servicio, pero como un mandatario en la dirección de las obras de primer establecimiento, de extensión, de grandes reparaciones o de renovaciones.

La búsqueda de garantías adecuadas ha llevado a una evolución del régimen del dominio público, que autoriza hoy la patrimonialización de bienes demaniales mediante la constitución de los derechos reales y garantías indispensables para la movilización de capitales.

Al igual que el concierto, en Costa Rica sólo se ha utilizado una única vez, vía reglamento, sobre la misma base legal apuntada.

G. PROCEDIMIENTO

El Estado ha establecido reglas mínimas generales sobre preparación, competencia y adjudicación aplicables, en principio, a todos los contratos del Estado. Estas reglas son:

- a) La consignación previa en el presupuesto, si el contrato originará gastos para el Estado, ya que el procedimiento no puede iniciarse sino cuando se cuenta con el contenido presupuestario para hacer frente a los gastos.
- b) Que los Jefes de Departamento o autoridad en quien se delegue la función tenga competencia general, el cual es un presupuesto previo para cualquier actuación.
- c) Preparación del respectivo expediente en donde constarán las cláusulas administrativas y técnicas del contrato, así como la aprobación del gasto, para que quede acreditada la necesidad del contrato, determinando precisamente su objeto específico y con las bases de la contratación futura.
- d) La debida fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico relativos a los contratos.
- e) La adjudicación del contrato atendiendo a los principios de publicidad y libre concurrencia.
- f) La formalización del contrato en documento público. La perfección del contrato se produce a consecuencia de la adjudicación definitiva pero se requiere la adopción de formas externas, las cuales, sin embargo, no podrán modificar los términos del contrato ya perfeccionado.

El procedimiento que ha sido identificado como el más utilizado y normado por los ordenamientos para la contratación de la Administración, ha sido la licitación, el cual es definido como el mecanismo o el conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado –en el más amplio sentido– para poder realizar su actividad de realizar contratos, ya que en la misma se dan cumplimiento los principios constitucionales que deben estar presentes en la contratación administrativa: libre concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros. Este procedimiento se utiliza, en general, en los contratos de obra pública, concesión de obra pública y suministro en concesión de servicios públicos.

Es un procedimiento administrativo caracterizado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo, para lo que se cursa invitación en forma pública y general a los potenciales oferentes, para que éstos hagan llegar sus ofertas a la Administración, 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 las mismas no se ajustan a los requisitos establecidos. Todo lo anterior, con el principal objetivo de depurar la administración de los fondos públicos, tal y como lo definió la Sala Constitucional, en su Sentencia número 5985-93, de las 14:18 horas del 17 de noviembre de 1995:

“... por disposición del artículo 182 de la Constitución Política, el procedimiento de licitación pública es una formalidad previa a los contratos del Estado, que debe considerarse un procedimiento de garantía para el interés público. Su publicidad busca garantizar a los administrados que la contratación con el Estado se produzca en condiciones de igualdad tendiendo a evitar tratos preferenciales e injustos. De igual manera el Estado busca en este procedimiento conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del contrato, en la calidad de la prestación, y -según la naturaleza- en las

condiciones económicas; ... es un procedimiento de garantía de interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista”.

De tal manera que la licitación pública es un proceso legal y técnico, mediante el cual la Administración invita a todos los interesados a que formulen su propuesta, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones o cartel. De las propuestas presentadas, la Administración elegirá y aceptará la más ventajosa (adjudicación), previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, mediante lo cual queda perfeccionado el contrato, permitiendo asegurar precios ventajosos, eliminar el tráfico de influencias y un control eficaz de la contratación administrativa.

En el Capítulo VI, Primera Sección, sobre Generalidades, de la Ley de Contratación Administrativa costarricense se regula esta detalladamente y allí encontramos reglas para determinar el procedimiento que se puede utilizar, de acuerdo con el monto, por licitación pública, por registro y restringida y el remate, así como pautas para variar el procedimiento y hacerlo más calificado con el fin de satisfacer mejor el fin público; en la Segunda Sección, encontramos el procedimiento de la licitación pública, se regulan sus criterios, supuestos y la publicación. En la Tercera Sección están establecidas las normas sobre la licitación registro; en la Cuarta Sección encontramos la licitación restringida; y en la Sexta Sección, la licitación con financiamiento, con precalificación y la adjudicación por subasta.

La licitación no es un contrato ni un acto, sino un conjunto de actos que suman un procedimiento administrativo relativo a la forma de celebrar los contratos, el cual podemos separar en las siguientes fases: preparatoria, esencial e integrativa, según se señala:

i) **Fase preparatoria:** Se deben cumplir los presupuestos que tomarán jurídicamente posible la manifestación de la voluntad contractual posterior. Es una actividad interna de la Administración, en donde se realizarán los estudios de factibilidad, contables, financieros, físicos, económicos y políticos de la obra o servicio objeto de la posible contratación, la imputación previa de conformidad con el crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones o cartel de la licitación.

Adoptada la decisión de contratar, se desarrollan los presupuestos de orden técnico en cuanto a ventajas, beneficios y realización de la obra o suministro y los de orden económico en relación con el costo del contrato, la existencia de créditos y su especialidad presupuestaria. En esta fase del procedimiento no participan los administrados, oferentes o terceros interesados.

ii) **Fase esencial:** Comprende los actos propios de la licitación, o sea, los que lograrán la manifestación de la voluntad común del ente público y de un tercero contratante.

Las relaciones que se entablan son bilaterales y se inicia con publicación del cartel, la apertura de la licitación y admisión de oferentes, estudio de propuestas, preadjudicación y adjudicación.

iii) **Fase integrativa:** Da lugar a la voluntad objetiva y su exteriorización en un contrato, el cual es perfeccionado en la forma que el derecho positivo prevé, o sea, mediante la notificación de la adjudicación, la instrumentación escrita, etcétera.

Según lo señala Dromi, en las dos últimas fases, concurren y participan la voluntad administrativa del licitante con la voluntad particular los licitadores³³.

³³ Dromi, José Roberto. Op. cit. Manual ..., pág. 260.

CAPÍTULO TERCERO:

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Durante muchos años, los contratos administrativos han sido parte de los instrumentos de los que hace uso la Administración para desempeñarse en las funciones que le son encomendadas y que, por insuficiencia económica o técnica, no le es posible realizar en forma directa, buscando satisfacer el interés público de manera indirecta, valiéndose de la colaboración de particulares, que efectúen la actividad en nombre del Estado, por lo que seguidamente haré un breve repaso sobre los principales aspectos de éstos.

A. ASPECTOS HISTÓRICOS

La historia del derecho recoge un sin número de casos donde se realizaron contratos con particulares para la construcción de canales, puentes, calzadas y muelles, en ciudades de naciones como Francia y España.

La contratación administrativa pública costarricense encuentra su antecedente en el Código Fiscal de 1885, promulgado durante el gobierno de don Bernardo Soto, en donde en su artículo 747 se señalaba que ***“los contratos que celebre el Gobierno, deben ser hechos mediante la licitación pública.”*** Posteriormente, se dan una serie de decretos y acuerdos, mediante los cuales se regularon los contratos de obras públicas en 1889 y la compra de suministros en 1910. Este último fue ampliado en 1924, para establecer el monto por el que el Estado debía tramitar una licitación pública y, luego reformado nuevamente en 1931.

Para 1945, en el gobierno del presidente Teodoro Picado, se crean las Leyes de Ordenamiento Fiscal (Presupuesto, Centro de Control y Tesorería y Proveduría Nacionales), producto de estudios sobre la Hacienda Pública, contratados en el gobierno del Dr. Calderón Guardia y éste, con los economistas Hinds, de nacionalidad salvadoreña y Kekich de nacionalidad estadounidense. Durante el Gobierno del Dr. Calderón Guardia se crea la Secretaria de Fomento y Agricultura, con una sección de compras.

Para la década de los cuarentas, se da una práctica generalizada de los "contratos sin licitación", citando un ejemplo, mediante la Ley 541 de 1946, en el gobierno de Teodoro Picado, se exceptúa del trámite de licitación los contratos que realizara el Poder Ejecutivo para agencias de licores, alimentación de cuarteles y cárceles. Para esta época el país atraviesa problemas económicos y desequilibrio presupuestario del gobierno de la República, producto del aumento desmedido en el gasto público y la sensible reducción de los ingresos debido al impacto directo de la Segunda Guerra Mundial, en la economía de Costa Rica.

A finales de la década, se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente, la que, para ponerle fin a la práctica generalizada de "*los contratos sin licitación*", que se daban en el régimen anterior y que tanto criticara la oposición, surgió la necesidad de consignar el principio en la propia Constitución, como expresamente lo indicó el constituyente Castro Sibaja³⁴. Por ello, como se verifica con el estudio de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, en el proceso de discusión, algunos constituyentes eran partidarios de eliminar toda restricción, para que las contrataciones del Estado se realizaren mediante licitación privada, mientras que otros

³⁴ Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Acta 164, tomo III, pág. 447.

estaban a favor de restaurar la licitación pública como un principio constitucional de la contratación administrativa.³⁵

Finalmente se da un consenso generalizado de la necesidad de una normativa firme que pusiera fin a la alegada corrupción administrativa, optando establecer la “licitación” como el procedimiento para verificar la contratación del Estado. Es por ello que, para 1949, se eleva a rango constitucional la obligación de utilizar el procedimiento de licitación pública para los contratos que realice el Estado, obligación que ya estaba contemplada en el Código Fiscal de 1885. Es así que nuestra constitución política, hoy vigente, en su artículo 182 establece que:

“Los contratos para la ejecución de obras publicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas; las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.”

Adicionalmente, se dio igual jerarquía normativa, dentro de la Carta Magna, a la Contraloría General de la República, antiguo Centro de Control, al conferírsele el carácter de órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa y la función de vigilancia sobre la Hacienda Pública. Como una consecuencia directa de las normas y principios constitucionales, para 1950 se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República –número 1252- la cual fue reformada en 1994, recogiendo la experiencia del órgano durante los últimos años.

³⁵ Sentencia de la Sala Constitucional 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

Para 1951, se promulga la Ley de la Administración Financiera de la República -número 1279- la cual fue complementada con diversos decretos y, específicamente en lo que concierne a los contratos administrativos públicos, en 1976 se reforman los artículos que van del 72 al 114, reforma que posteriormente da lugar a la Ley de la Contratación Pública Administrativa. En 1977 mediante el Decreto Ejecutivo 7576-H se promulga el Reglamento de la Contratación Administrativa el cual amplía el contenido de la Ley de Administración Financiera mediante la exposición de 296 artículos.

Finalmente, en 1995 nace a la vida jurídica la Ley de Contratación Administrativa vigente. Es importante señalar que dentro de los objetivos de la actual Ley de Contratación Administrativa se pretendía solventar la necesidad de un marco normativo que brindara las soluciones en forma integral de la actividad de contratación administrativa, abarcando a toda la Administración Pública, con la instauración de un modelo menos rígido y formal, lo cual, en la mayor parte de los casos, provocaba entramientos en los procedimientos de adquisición del Sector Público.

Dentro del contenido de esta ley, pueden citarse los principios generales de la contratación administrativa, el régimen jurídico público, prohibiciones, regulaciones especiales para algunos tipos de contratación usuales, tales como obra pública, suministros, arrendamientos, dejando prevista la posibilidad de incluir vía reglamentaria otros contratos no previstos y denominados “tipos abiertos”, así como los procedimientos de apelación. .

B. CONCEPTO Y NATURALEZA

1. Concepto

En virtud de la importancia que posee la contratación administrativa, se podrían citar innumerables definiciones o conceptos del contrato administrativo, que varían según la visión o naturaleza con la que se considere, pero para ser concreta, podemos conceptualizar el contrato administrativo como una declaración bilateral o, de voluntad común, productora de efectos jurídicos, generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa que le compete, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas.

Para algunos tratadistas, como Dromi, el obrar administrativo requiere de la colaboración voluntaria de los particulares u otros entes públicos, por lo que este autor define el contrato administrativo como *“una de las técnicas de colaboración de los administrados con la administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras publicas, etcétera.”*³⁶

Para Bielsa³⁷, es contrato administrativo el que la Administración Pública celebra con una persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública. En sentido parecido, para Marienhoff³⁸ es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en el ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro

³⁶ Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, tomo I, 1987, pág. 231.

³⁷ Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial La Ley, tomo II, 1964, pág. 171.

³⁸ Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Aboledo Perrot, volumen II, tomo III, 1986, pág. 34.

órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer necesidades públicas.

Otros autores, como Escolá y Jeze, afirman que los contratos administrativos son aquellos celebrados por la Administración Pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por lo tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado, que coloquen al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto de ésta.

Finalmente, en nuestro país, Romero Pérez, manifiesta que el Estado es apto para contratar tanto con particulares como con los entes que conforman la propia Administración Pública, por lo que indica que en términos generales es contrato administrativo el que celebra la Administración Pública, diferenciándolo como público, si la normativa aplicable es pública.³⁹

Al respecto, nuestra Ley de Contratación Administrativa enuncia varios criterios sobre el contrato administrativo, uno orgánico, al afirmar en su artículo primero, que esa ley regirá la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas. Además, enuncia un criterio financiero al decir, que también, será cubierto por esa normativa, y por ende, considerando como contrato administrativo, toda actividad contractual en la que se utilicen total o parcialmente recursos públicos y, por último, un criterio finalista, cuando en el artículo tercero, se autoriza a la Administración Pública, para utilizar cualquier figura contractual,

siempre y cuando se justifique la satisfacción de un fin público, esté regulado o no en ese cuerpo normativo.

2. Naturaleza

El contrato administrativo tiene características propias y que no están presentes en el contrato común de derecho privado, precisamente por ser una de las partes contratantes el Estado. Es decir, que lo que lo distingue es el celebrarse entre la Administración Pública, actuando como poder público y, una persona física o jurídica, de derecho público o privado, que se encuentra subordinada a ésta, en virtud del interés o necesidad colectiva cuya finalidad se propone conseguir.

Existen contratos de la Administración en los que realiza actividad comercial o industrial, y que parcialmente pueden ser reglados por el derecho privado en cuanto al objeto o contenido del acto, aplicándose excepcionalmente en ellos el derecho civil o comercial, pero siempre es predominante el derecho público, ya que los demás elementos del acto habrán de regirse por el derecho público, como son la competencia, voluntad, motivación, forma o causa. Es decir que comparten características del derecho público y privado, pero su naturaleza será siempre pública.

En resumen, siempre que el Estado contrate, lo realiza en la función pública que le compete, ya sea para construir una obra o brindar un servicio público y, como tal, un contrato administrativo público, sujeto a las regulaciones establecidas en el ordenamiento jurídico y en donde la principal de ellas es que la Administración Pública, nunca renuncia a su poder de imperio.

³⁹ Romero, Jorge Enrique. *Los Contratos del Estado*. EUNED, 1989, pág 5.

C. CARACTERÍSTICAS

Aunque se pueden señalar tantas características del contrato administrativo como juristas que en el ámbito doctrinario han esbozado sus puntos de vista, a continuación se detallan las principales:

1. Contrato Sinalagmático y Conmutativo

El contrato administrativo es sinalagmático, porque entre las partes existen obligaciones recíprocas y atribuciones que también cuentan con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos. Lo anterior no afecta la posición privilegiada que la Administración tiene frente al contratado.

Además es conmutativo porque dentro de las obligaciones contraídas se encuentran la de determinar, desde un comienzo, los intereses pecuniarios de las partes.

2. Sujetos

Los elementos personales que componen el contrato administrativo son el Estado (La Administración u Órgano Estatal), el contratante (particular u otro ente público) y por último los terceros (usuarios).

Aquí debemos considerar a la Administración en su carácter subjetivo, ya que es por su participación que se le imprime carácter administrativo al contrato. La Administración es la autoridad estatal competente que contrata con otro, el cual es seleccionando de entre varios oferentes, la realización de una obra o la gestión de un servicio público.

En el contrato, dentro de su respectiva esfera de competencia, el sujeto podrá ser cualquier ente de la Administración, siempre y cuando se tenga por objeto o emerja una relación jurídica de carácter público y no exista imposibilidad legal para permitirla.

El contratante, es la persona física o jurídica, nacional o extranjera, con quien se realiza el contrato. Sus actos, aún los referidos estrictamente a bienes o servicios públicos, no pueden considerarse como función pública ni su personal calificado como servidores públicos. Éste persigue siempre un propósito distinto al del Estado, pues tiene como meta la colocación de su producto o actividad.

Las personas físicas o jurídicas que participan en el contrato administrativo, deben tener capacidad jurídica para actuar, considerándose que si se trata de un particular, se regirán por las normas del derecho privado, por su parte la Administración debe tener competencia para realizar actos, rigiéndose por las normas propias del acto administrativo.

Por último, los usuarios, son las personas físicas o jurídicas a quienes deberán satisfacerles sus requerimientos, es decir aquellas personas que utilizarán u obtendrán el fin del contrato.

Cabe aclarar que los elementos personales mencionados se refieren al contrato administrativo dentro de la rama propia del derecho administrativo, ya que esa misma terminología, se utiliza también en el ámbito del derecho privado.

3. Posición de la Administración

La Administración siempre estará en una posición de supremacía frente al contratante, ya que tiene la posibilidad de modificar, rescindir y revocar unilateralmente el contrato cuando así convenga al interés público, sin que ello constituya una falta contractual. Deberá reconocer los montos por el tanto de la obra realizada o bien, ante una situación demasiado gravosa, incluso podrá hacer la rescisión contractual a favor del gestor o, reconocer lo correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios que cause la terminación anticipada.

Al respecto, la Ley de Contratación Administrativa en sus artículos 10 a 12, establece claramente la superioridad de la Administración Pública frente a su contratante, indistintamente del tipo de contrato que se realice, ya que éste siempre estará sujeto a la normativa administrativa y deberá respetar el derecho de la Administración de rescindir o modificar unilateralmente el contrato.

4. Intuito Personae

La relación entre la Administración y el contratante es “*intuito personae*”, es decir, la Administración escoge al contratante en virtud de su condición técnica, económica y profesional. En principio la realización del objeto del contrato debe ser cumplida por el contratante, no pudiendo cederse ni traspasarse sin autorización de la Administración, sin embargo aunque el principio es éste, en la práctica se admiten la posibilidad de ceder o subcontratar, teniendo el Estado un poder de vigilancia para no ver burlada la escogencia del contratante.

En el caso de subcontratar, la responsabilidad frente a la Administración concedente siempre será del contratante, ya que la Administración no asume los riesgos al estar esta relación dentro de la esfera del derecho privado.

5. Delegación

La Administración delega al contratante funciones que le son propias, por lo tanto éste funciona como si fuera un órgano del Estado, no pudiendo desatender el interés público colectivo que lo motiva, y debiendo velar por el buen funcionamiento y continuidad del servicio u obra que se le encomienda.

Aquí se produce una escisión entre la titularidad y la explotación de los poderes y derechos, ya que la Administración mantiene la titularidad sobre estos, pero transfiere “provisionalmente” al contratante el derecho de aprovecharse de los mismos.

6. Efectos respecto a terceros

Ante estas relaciones contractuales, terceros ajenos, usuarios de los servicios, sienten afectaciones, como por ejemplo la obligación de pagar una tarifa o un precio por la contraprestación del servicio recibido, mismas que son fijadas en el contrato en la mayoría de las veces y enfrentándose a la obligación de pagar aun cuando las modificaciones surjan posteriormente.

Pero también, los terceros tienen la posibilidad de invocar el contrato, como por ejemplo cuando de por medio se encuentra la prestación de un servicio público, para que éste se de en la forma pactada.

7. Procedimiento

A la hora de contratar, la Administración puede elegir el procedimiento entre los distintos que la ley señala, el que va a depender de las limitaciones que la misma

norma fije entrándose del fin buscado. Nuestra Constitución Política indica que tratándose de la ejecución de obras públicas que celebre la Administración, las mismas se harán mediante licitación pública. Al respecto Dromi ha definido el procedimiento como:

“Procedimiento administrativo por el cual la Administración invita a los interesados a que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionará y aceptará (adjudicación) la más ventajosa, con lo cual quedará perfeccionado el contrato.”⁴⁰

Este procedimiento se usa preferentemente en los contratos de obras públicas, concesión de obra pública y suministro en la concesión de servicio público. También se da la licitación por registro, la licitación restringida y la adjudicación por subasta, además de otras formas como son el remate, concurso, contratación directa y licitación privada.

8. Terminación del Contrato

Los contratos administrativos tienen formas especiales de terminación, por ejemplo el plazo es convenido dentro del mismo contrato y las formas de terminación se clasifican en normales y anormales. Las primeras son la expiración del plazo y el cumplimiento del objeto del contrato. Las formas anormales de terminación son la rescisión, el incumplimiento, el mutuo acuerdo, la muerte o quiebra del contratista y la caducidad.

Dentro de las formas normales, el contrato administrativo, tienen la consecución de un objeto determinado, cuando éste se logra, se da por finalizado.

Cuando se ha cumplido con el termino o transcurrido el plazo previsto, el contrato termina. En ambos casos, la Administración debe asegurarse que la prestación se haya cumplido de acuerdo con las estipulaciones del contrato.

En cuanto a las formas anormales, la caducidad ocurre cuando se ha incurrido en incumplimiento imputable al contratante; tratándose de rescisión, puede ser bilateral o unilateral, en la primera ocurre el mutuo consentimiento, mientras que en la segunda se da como un derecho de una de las partes, pero también como prerrogativa de la Administración Pública.

En el caso de muerte o quiebra del contratante, se parte del hecho de que el contrato es *intuitu personae*, por lo que ante estas circunstancias, la Administración puede determinar la rescisión del contrato.

9. Finalidad

Todo contrato administrativo tiene como finalidad la satisfacción de un interés o necesidad colectiva, un fin público y por ende, será el objeto y no la finalidad el que lo defina y éste será la consecuencia que se persigue al celebrarlo, como factor determinante de la voluntad de las partes.

Al realizarse un contrato administrativo, por una parte el Estado busca conseguir la realización de un determinado fin en el que medie la eficiencia y, el particular, busca la oportunidad de ofrecer servicios en igualdad de condiciones, mediando una remuneración.

10. Temporalidad

⁴⁰ Dromi, José Roberto, *op. cit.*, pág. 259.

Los contratos administrativos tienen como característica el ser temporales, ya que su plazo es determinado, pudiendo variar de acuerdo con el interés público, como objeto del mismo.

Dentro de las clases de contratos administrativos, a modo de ejemplo, la concesión de obra, su plazo lo determina la construcción y entrega de la obra por parte del contratista. En la concesión de servicio, puede ser veinte o más años, siendo el período máximo treinta años.

11. Poder de vigilancia y control de la Administración

El contratante cuenta con un “poder originario”, en el tanto se le atribuye poder controlar la actividad realizada, poder que se delimita como normativo sancionatorio, teniendo la facultad la Administración de sancionar el incumplimiento. Dentro del contrato administrativo se establece esa facultad de vigilancia y control, lo que no exime de responsabilidades a la misma Administración.

12. Oneroso

El contratante tiene el derecho de recibir beneficios económicos, no solo por la elaboración de una obra, sino también cuando medie una prestación de servicio, con el objeto de fomentar la prestación eficaz del objeto encomendado.

D. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos administrativos pueden ser clasificados en atención a sus diferentes razones de creación, a saber:

1. En razón del objeto:

Por las obras o servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración, así pueden ser de obra pública, de servicios, de gestión, etc.

2. En razón de la parte a cargo de la prestación:

2.1 De colaboración: la obligación está a cargo del contratante, por ejemplo el contrato de obra pública.

2.2 De Atribución: la prestación principal la hace la Administración, por ejemplo concesión de un bien de dominio público.

3. En razón del régimen jurídico:

3.1 Nominados: tienen un nombre específico y generalmente son típicos, por ejemplo el contrato de obra pública que es regulado por una ley específica.

3.2 Inominados: no tienen un nombre ni un régimen jurídico especial dentro de un ordenamiento, se constituyen por analogía.

4. En razón de la prestación:

4.1 Instantánea: consiste en una única prestación, la cual una vez cumplida finaliza, como en el caso del contrato de suministro.

4.2 De tracto sucesivo: el contrato se cumple mediante una serie de prestaciones dentro de un plazo, como es el contrato de obra pública.

E. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La misma doctrina, así como la norma base vigente, consagran los principios generales que rigen para la contratación administrativa. De acuerdo con nuestra Carta Magna, al elevarse a rango constitucional el mecanismo de la licitación por medio del artículo 182, todos los principios esenciales de este medio se elevan a rango constitucional. Dentro de los principios esenciales, podemos señalar:

1. Legalidad:

Es el cumplimiento de la actividad administrativa con respecto al ordenamiento jurídico y que encuentra sustento a nivel constitucional.

2. Libre Competencia o concurrencia:

La Administración debe estimular la mayor cantidad de participantes en el concurso, teniendo los interesados, por principio legal y constitucional, la posibilidad de competir bajo las mismas condiciones y con el requerimiento de satisfacer la necesidad requerida.

Como contrapartida de esa libre concurrencia, se faculta a la Administración para exigir ciertas garantías a los oferentes, siempre y cuando no interponga condiciones restrictivas para el acceso.

3. Igualdad:

Otro principio fundamental y que coloca a todos los participantes en las mismas condiciones para recibir un trato igualitario, conforme a las provisiones técnicas, financieras y legales, condición que debe prevalecer desde el comienzo del procedimiento de contratación hasta la formalización del contrato.

Tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso de los interesados.

4. Prevalencia del Interés público:

Prevalece en toda la actividad administrativa y debe estar amparado en el interés colectivo. Este principio es frecuente encontrarlo en textos legales y doctrinarios en donde ha sido considerado como sinónimo de “necesidad pública”. Sin embargo, debemos entenderlo como una creación material del deseo de la colectividad por un bien determinado y que ante ello, el Estado tiene la obligación de emitir una normativa protectora de dicho bien jurídico.

Asimismo, se reconocen otros principios no menos importantes, y que el Tribunal Constitucional de Costa Rica ha reiterado en innumerables sentencias y dentro de los cuales podemos señalar:

5. Eficiencia:

Es concebida como la selección de la oferta más conveniente para la satisfacción del interés general y los fines de la Administración.

6. Buena Fe:

Busca que en cuanto a los trámites de las licitaciones y en general todo lo concerniente a la contratación administrativa, parta de un principio moral básico que tanto la Administración como los oferentes deben respetar, caracterizándose su actuación por normas éticas claras y en donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

7. Publicidad:

Busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia y en igualdad de condiciones. Por medio de éste se permite el libre acceso al expediente en el cual se tramita la contratación, así como la invitación a participar, dependiendo del servicio u obra que la Administración desee contratar.

8. Mutabilidad del Contrato:

El contrato administrativo puede ser modificado por el Estado en beneficio del interés público, partiendo de que la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos.

TÍTULO SEGUNDO:

LA GESTIÓN INTERESADA Y SU DESARROLLO JURÍDICO EN LA DOCTRINA Y EN COSTA RICA

La Gestión Interesada nace en nuestro ordenamiento jurídico como una modalidad de los contratos administrativos atípicos, que sin estar regulado por texto legal expreso, se permite en el tanto se respeten el marco general y los procedimientos ordinarios que la Ley de Contratación Administrativa establece.

Dado lo novedoso de la figura en nuestro país, así como del interés que ha provocado su implementación, en el primer capítulo analizaré los aspectos generales de la figura de la Gestión Interesada, su concepto y características, para posteriormente en el segundo capítulo realizar una reseña sobre su desarrollo en la realidad nacional, el caso del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.

Finalmente, a modo de conclusión hacemos un análisis de las ventajas y desventajas de esa figura dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

CAPÍTULO PRIMERO:

LA GESTIÓN INTERESADA EN LA DOCTRINA

Al buscar doctrinariamente un antecedente histórico de la gestión interesada, se encuentra que ésta ha sido considerada como una derivación de la concesión, en e España y Francia, que es donde se ha desarrollado.

Hoy la legislación que sigue contemplando esta figura, aunque no de mucho uso, es la de España, ya que el otro ordenamiento que lo ha utilizado, pero que prácticamente lo ha minimizado es Francia.

Como una más de las modalidades de contrato administrativo, comparte sus muchas de sus principales características, por lo que considero necesario en esta parte referirme brevemente a ellas.

A. ANTECEDENTES

La figura de la Gestión Interesada, como se mencionó anteriormente, es una modalidad del contrato administrativo, el cual ha operado en España y Francia y por medio de que se permite la financiación privada en la gestión de obra y servicio público.

En el caso de España, es considerada como una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos, para lo cual se ha señalado que éste ultimo encubre una pluralidad diversa de técnicas contractuales, dentro de las cuales se cita a la

Gestión Interesada, además de la Concesión, el Concierto y las Sociedades de Economía Mixta.

La Gestión Interesada aparece como figura autónoma por primera vez en la primera Ley de Contratos del Estado 13/1995, en donde en el artículo 66.2 se refería como un contrato en cuya virtud el Estado y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. Esta ley estuvo vigente hasta el año 2000, cuando se reformó por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la cual se sigue incluyendo esta modalidad.

En España, se ha utilizado mayormente en la gestión de servicios locales a cargo de los municipios.

En el caso de Francia, la Gestión Interesada ha sido considerada como parte del instituto de la concesión, por lo que no hay punto de partida específico, ya que desde el siglo XIX la participación del sector privado en el financiamiento de infraestructura y servicios ha sido incesante y para lo cual se han utilizado diferentes modalidades jurídicas, pero siempre derivadas de la concesión.

Así, dentro de ese ordenamiento, tanto la concesión de obra pública como la delegación del servicio público, recibían un igual tratamiento, ya que en el Antiguo Régimen, la primera tenía la forma de un privilegio otorgado por el Rey, dándose esta situación inclusive con las primeras concesiones ferroviarias otorgadas en 1842.

Sin embargo, y con un origen muy reciente, en 1993, se establece su valor normativo así como su régimen jurídico tratándose de servicios públicos,

refiriéndose a esta modalidad contractual como la “*gestion déléguée du service publique*” o gestión delegada de servicio público.

A guisa de ejemplo, algunas de sus primeras apariciones datan de 1946, cuando fue parte importante durante la creación de la anterior red de ferrocarriles de París. Asimismo, fue la figura utilizada en los contratos para la producción y distribución de gas en París.

Hoy ha entrado en desuso, sin embargo, muy ocasionalmente, suele emplearse para el suministro de agua o el transporte por tranvías o autobuses e incluso para el tratamiento industrial de los residuos sólidos.

En la gran mayoría de los casos, el gestor presta el servicio con las instalaciones puestas a su disposición y financiadas por la Administración, otro ejemplo es el que proporciona el Consorcio de Municipios de París, según el cual las obras de primer establecimiento, las grandes reparaciones y la renovación de los equipamientos, son realizadas por la empresa gestora en nombre del Consorcio, bajo la dirección de éste y a sus expensas⁴¹. Por lo tanto, el gestor realiza las inversiones en calidad de agente de la Administración.

B. CONCEPTO Y NATURALEZA

1. Concepto

⁴¹ CE Sect. 28 de marzo de 1984, S.A. *Compagnie générale des eaux*, rec, pág. 136.

En España la Gestión Interesada es un contrato regulado por la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁴², cuyo artículo 156 conceptualiza la Gestión interesada como:

“aquella en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato”.

Así, se puede entender que dentro de ese ámbito, dicha figura opera como una gestión de servicio público, en la cual el Estado le confiere a un particular la potestad de explotar, a su nombre, un servicio o bien público, compartiendo el resultado de esa explotación, en las proporciones que se pacten.

En el Derecho Francés, se sitúa en la Ley de 29 de enero de 1993, artículo 40 en donde se manifiesta como una de las formas relativas de delegación de servicios públicos, refiere que tratándose de contratos de *“régie intéressée”*, se conceptúa como:

“Contrato mediante el cual una empresa gestiona un servicio público en nombre de la Administración, que corre con los riesgos de la actividad, y que remunera al Gestor con los productos de la explotación del servicio, según unas modalidades que permitan asociar esta remuneración a los resultados de su gestión; por su parte, efectúa las operaciones de gasto e ingreso del servicio en nombre la Administración.”⁴³

⁴² Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España, vigente desde el 16 de junio de 2000.

⁴³ Marou, Gérard, *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. Civitas Ediciones. 2000, pág 45.

Otra definición clásica de la doctrina francesa que suele citarse es la que se refiere a ésta como:

*“La explotación de un servicio público por un particular por cuenta de una Administración y con una participación del explotador en los resultados financieros de la administración, en el tanto sean beneficios. Sin embargo, eventualmente incluso puede soportar las pérdidas, pero todo ello en una medida determinada.”*⁴⁴

Así, se puede precisar que en la gestión francesa, la colectividad financia el establecimiento al que se confía la explotación. La persona privada, el gestor, asume la gestión por cuenta de la colectividad, mediante una remuneración que no está asegurada por los usuarios, sino por medio de una prima fijada en porcentaje de cifra de negocios, completada por una prima de productividad y eventualmente por una parte de beneficios.

Es decir que en la Gestión Interesada francesa, la colectividad no tiene la cualidad jurídica de explotadora sino de autoridad concedente y que en tal condición soporta los resultados beneficiosos o deficitarios de la gestión. Situándose así a medio camino entre la gestión simple y la concesión, ya que el establecimiento del servicio, su funcionamiento y sus riesgos son soportados, en el primer caso, por la colectividad, mientras que en el segundo lo son por el concesionario; la remuneración está en los dos casos asegurada por los ingresos percibidos por el usuario. La diferencia consiste en que el concesionario es un empresario para quien la remuneración normal es el provecho, mientras que para el gestor interesado es un

⁴⁴ Sosa Wagner, Francisco. *La Gestión de los Servicios Locales*. Editorial Civitas, Madrid, 1999, pág. 176.

gerente con quien se hace un esfuerzo para estimularle el celo atribuyéndole primas de acuerdo con la buena marcha de la explotación⁴⁵.

En la doctrina, tomando los conceptos de ambos ordenamientos, el Español y el Francés, se puede entender por Gestión Interesada aquella forma de gestión de un servicio público en la que el “gestor”, comprometido en la prestación del servicio público, cuenta, por un lado, con la colaboración de la Administración (que aporta parcialmente las instalaciones necesarias para dicha prestación) y, de otro, con una remuneración mínima en forma de interesamiento que se concreta en una cláusula en virtud de la cual, cuando se producen beneficios por encima del mínimo asegurado, se atribuye al gestor una parte de ellos con el objeto de fomentar la prestación eficaz del servicio público encomendado.

2. Naturaleza

Para la doctrina, la Gestión Interesada tiene “**naturaleza administrativa**”, contemplada como una modalidad de contrato típico y regulado por ley específica. Refiere el artículo 155 de la ley española que los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por esa ley y por las disposiciones del respectivo servicio.

En el artículo 156 de la citada ley se indica que la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: Concesión, **Gestión Interesada**, Concierto o Sociedad de Economía Mixta.

⁴⁵ Waline, *La Notion régime intéressée*, *Revue Droit Public*, citado por Sosa Wargner, Francisco, pág.337.

En igual sentido, dentro del ordenamiento francés, es una modalidad de contrato administrativo del que la Administración se vale, específicamente cuando media un servicio público.

Distintos autores sostienen posiciones diversas al determinar la naturaleza de éste contrato. Unos lo ven como un mandato, ya que la empresa gestiona un servicio en nombre de la Administración, la cual soporta los riesgos y desempeña el papel económico propio del empresario. Otros rechazan esta interpretación y hacen valer que el explotador del servicio es, en efecto, el gestor interesado y no la Administración y esta función no es compatible con el mandato. Sin embargo, nuestra posición es que podríamos hablar de mandato porque los ingresos se perciben en nombre de la Administración, que soporta los riesgos financieros de la explotación. Sea cual sea la parte del riesgo en la determinación de la remuneración del gestor, el riesgo financiero último recae en el que delega y el riesgo que soporta el gestor resulta, a menudo, de variables que no son el resultado de la explotación, tales como otros servicios complementarios que conlleva la administración, que bien pueden ser prestados directamente por éste o bien subcontratar.

En cuanto a la materia fiscal, podemos concluir que la segunda interpretación es la correcta, ya que el gestor es el que está sujeto al impuesto sobre las actividades económicas que realiza en las instalaciones de las que dispone para la explotación del servicio.

Por su parte, en el ordenamiento francés, el autor Gerard Marcou, refiriéndose a la experiencia de éste ordenamiento en la financiación privada en infraestructura, cita las conclusiones relativas al *arrêt Société des transports automobiles Michel Delattre*, indicando que el *Commissaire du Gouvernement*, O. Fouquet estima que la

calificación del contrato esta en función de la autonomía que se permite al gestor indicando que:

“...cuanto mayor sea la autonomía de gestión, más se acerca la gestión interesada a la concesión o al arrendamiento y más se aleja del mandato y viceversa; la variable determinante es la participación en las pérdidas y en los beneficios.”⁴⁶

C. CARACTERÍSTICAS

Como contrato administrativo que es, la Gestión Interesada se caracteriza por celebrarse entre la Administración, actuando como poder público y una persona física o jurídica, de derecho público o privado, que se encuentra subordinada a ésta, en virtud del interés o necesidad colectiva que motiva esa contratación. Presenta las características propias de los contratos administrativos, lo que no lo exime de contar con las propias, bien sean heredadas de figuras ya existentes dentro del derecho administrativo o del derecho privado.

Sin embargo, es importante citar, como lo señala Garrido Falla en su Manual de Derecho Administrativo⁴⁷, que existen dificultades en cuanto a la definición jurídica de la Gestión Interesada, ya que la misma doctrina ha puesto de manifiesto que es una forma transaccional entre la gestión directa y la concesión.

⁴⁶ CE 21 de octubre de 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre*, AJDA, 1986, concl. O. Fouquet, págs. 105 a 107.

⁴⁷ Marou, Gérard. Op. cit, pág. 5.

Continúa indicando el mismo autor, Garrido Falla, que el problema se presenta en la interpretación, ya que para unos es la Administración quien explota el servicio, aunque valiéndose de un gestor a quien interesa en los posibles beneficios que se obtengan. Otros entienden que es el gestor quien explota a su propio riesgo, siendo la Administración la interesada. A modo de ejemplo, puedo señalar, el caso de España, donde esta figura se utiliza mucho en la gestión de los servicios públicos locales y en el caso específico del Reglamento de Cataluña de Obras se ha indicado que *“la empresa gestora girará ante terceros exclusivamente bajo su nombre o denominación y bajo su exclusiva responsabilidad”*.

En Francia, un ejemplo se da a propósito de la red de transportes urbanos que es explotada en gestión interesada y en donde el Tribunal Contencioso Administrativo de Apelación de Nantes ha indicado que “la Sociedad aunque esté sujeta al control del SIVOM (ente estatal que define la política en materia de transportes públicos y su financiación), dispone de todos los poderes de dirección y de decisión necesarios para la explotación del sistema, siendo el gestor el que está sujeto a las obligaciones económicas en materia de impuestos, para lo cual existe una ambigüedad, ya que se admite que éste sea el explotador dotado de toda la autonomía necesaria y a la vez un mandatario.

Ante el problema de la definición se ha considerado que lo que define a la Gestión Interesada es el “interesamiento”, la cual se puede identificar como la conexión entre la Administración y el gestor que trata de conseguir, no solo el funcionamiento normal del servicio, sino incluso, el perfeccionamiento del mismo a través de esta especial forma de remuneración, lo que la califica precisamente de interesada.

Ese interés, que se plasma en las cláusulas de interesamiento, radica precisamente en que entre mejor sea la gestión, por ejemplo, en el caso de un servicio público, mayores serán los ingresos tanto globales como netos que perciba el gestor.

Finalmente, debe señalarse que tanto en un ordenamiento, el español, como en el otro, el francés, se le aplican las reglas que sobre actuaciones preparatorias, procedimientos y formas de adjudicación en relación con la concesión, ya que se considera una figura derivada de ésta.

Asimismo, el pliego de cláusulas se referirá, al modo de selección del contratista, en aplicación de los principios de publicidad y libre concurrencia, el régimen de la gestión y a las garantías que haya que prestar el gestor para atender las responsabilidades que puedan derivarse de la prestación del servicio.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA GESTIÓN INTERESADA EN COSTA RICA

En este capítulo se analizará la Gestión Interesada en la realidad del país, haciendo un estudio del marco jurídico utilizado, que dio origen al nacimiento en nuestro ordenamiento, de esa figura contractual.

Se hará una síntesis de las normas utilizadas para su implementación, considerando antes de su entrada en operación así como en el transcurso de la misma.

A. IMPLEMENTACIÓN DE LA GESTIÓN INTERESADA

Como se verá más adelante, la implementación de la Gestión Interesada ha generado posiciones encontradas respecto de sus antecedentes, específicamente de si se necesitaba realmente, o bien, el marco jurídico utilizado para ella.

Ha sido un proceso que lleva a hoy cinco años, y todavía se critican fuertemente los citados aspectos.

1. Antecedentes

A raíz de una consultoría realizada por la firma TAMS, consultora del Gobierno de Costa Rica para el desarrollo del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, se presentó un estudio mediante el que se calculó que las proyecciones financieras, con base en las tarifas que dicho aeropuerto tendría durante veinte años;

se dispondría de alrededor de 967 millones de dólares para el desarrollo aeroportuario.

Ese estudio concluye que dicho monto bastaría para transformar al Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, diseñado originalmente para el Siglo XX, en un aeropuerto que cumpla con todos los requisitos internacionales de operación y seguridad para la tecnología del presente, de manera que permita servicios como la operación directa a Europa, de gran importancia para el desarrollo del turismo y, que de esos mismos ingresos se podría hacer gran parte del desarrollo de un nuevo aeropuerto en Orotina, necesario en cualquier caso, al término de veinte años, o incluso antes.

Partiendo de esa conclusión y ante la necesidad de mejorar la infraestructura del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, se toma la decisión de implementar una figura que hasta ese momento no existía en nuestro ordenamiento jurídico, “la Gestión Interesada”.

2. Marco Jurídico

Como se ha señalado en el capítulo anterior, la Gestión Interesada no existía en nuestro ordenamiento, para poder implementarla se toma la libertad que ofrecen el párrafo segundo del artículo 3 y el 55 de la Ley 7494 que es la Ley de Contratación Administrativa y artículo 66 del Reglamento a la citada ley, los cuales permiten utilizar otras figuras no contempladas expresamente en nuestro ordenamiento.

a) Ley 7494:

Así el párrafo segundo del artículo 3 indica:

“Artículo 3° - Régimen Jurídico. (...)

Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico administrativo. En todos los casos se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa.”

El artículo 55 define específicamente a los tipos abiertos así:

“Artículo 55.- Tipos abiertos. Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta ley.”

El artículo 66 del Decreto 25038-H, que es el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece el procedimiento para éste tipo de contratos, según se indica:

“Artículo 66.- Tipos Abiertos.

66.1 La Administración podrá, por vía de reglamento, definir cualquier tipo contractual a que podrá acudir, mientras que lo haga dentro del marco general y los procedimientos ordinarios que establece la Ley de Contratación

Administrativa y que regula este Reglamento, y justifique que con ello se contribuye a satisfacer el interés general y únicamente el interés de la institución.”

66.2 Los reglamentos que regulen esta materia deberán ser consultados con anterioridad a la Contraloría General de la República, con el objeto de armonizar conceptos, normas y procedimientos sobre la especie. Esta opinión será vinculante y obligatoria.

Partiendo de las normas transcritas, el respectivo reglamento ha definido a la Gestión Interesada como:

“... la figura contractual mediante la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista...”⁴⁸

De lo anterior se extrae que en este tipo de contrato existe una declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa, razón por la cual su naturaleza jurídica es de **“contrato administrativo”**.

Independientemente de su naturaleza administrativa en función de que una de las partes es la Administración, los contratos de **“tipo abierto”** tienen una naturaleza jurídica específica. Al respecto se parte del hecho de que el legislador al

⁴⁸ Decreto Ejecutivo 25801-MOPT, Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios del 31 de marzo de 1998.

incluirlos, de forma restringida y particular, introdujo una libertad contractual, que antes estuvo reservada al ámbito privado.

A lo anterior, debe añadirse que doctrinalmente en el ámbito privado, se ha sostenido que la libertad contractual es una consecuencia de la autonomía privada. En ese sentido, Santos Briz⁴⁹, ha manifestado que la autonomía privada tiene plena vigencia en cuanto a la creación, por las partes contratantes, de figuras contractuales no reguladas en las leyes, es decir, la libertad de contratación supera las figuras típicas de negocios jurídicos que la ley establece y crea nuevas figuras sin limitación alguna. Por su parte, Brenes Córdoba⁵⁰, al comentar nuestra legislación civil, llama “nominados” a los contratos que por su importancia y frecuente uso, la ley ha definido y especialmente reglamentado, y llama “innominados”, a los que el legislador no ha tomado en consideración determinante ni distinguido con nombres particulares, porque por su variedad no permiten clasificación, aparte de que siendo, como son, de rara ocurrencia, no se percibe la necesidad de especiales distinciones.

Entonces el contrato innominado es aquel que carece de nombre dentro del ordenamiento jurídico y es contrato atípico por ser *ex novo*, es decir, carente de regulación legal y por lo tanto los contratantes plantean sus estipulaciones.

Al respecto, el citado artículo 55 recoge ese principio de libertad contractual, pero con ciertas diferencias y restricciones, como el hecho de que antes de utilizar la figura, debe existir un reglamento dictaminado por la Contraloría General de la República, tratándose de contratos innominados en su origen, pero nominados en su aplicación y posterior ejecución.

⁴⁹ Santos Briz, Jaime. *La Contratación Privada*. Madrid, Editorial Montecorvo, 1966, pág. 57.

⁵⁰ Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Contratos*. San José, Editorial Juricentro, 1985, pág. 42.

Así, este artículo permite la utilización de figuras contractuales sin necesidad de que estén reguladas específicamente en la ley, pero evitando a la vez, de que baste la sola voluntad de las sujetos contratantes para decidir el contenido y forma del contrato, ya que a su vez exige a la existencia de un reglamento que desarrolle la nueva figura contractual.

Aquí cabe señalar, que la misma Dirección General de Contratación Administrativa del Órgano Contralor, ha referido que en nuestro país ha existido un criterio restrictivo para la utilización de los contratos atípicos o innominados, tratándose de contratos administrativos. Entre las razones citadas está la aplicación del principio de legalidad, el cual exige una norma habilitante como sustento del actuar y un sustento constitucional, según lo indica el artículo 49 de la Constitución Política, principio que debe manifestarse en el contenido e interpretación de las cláusulas contractuales, las cuales no quedan liberadas a voluntad de las partes, sino que estas se ajustan a un marco reglamentario, situación que se opone a la naturaleza misma de los contratos atípicos, que no son objeto de regulación y que reglamentados pierden su flexibilidad y libertad de contenido.

3. Reglamento Para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios

El 19 de marzo de 1998, el entonces Presidente de la República, José María Figueres Olsen y Rodolfo Silva Vargas, Ministro de Obras Públicas y Transportes promulgan el Decreto Ejecutivo 25801-MOPT, publicado en La Gaceta 63 del 31 de marzo de 1998, el cual es el Reglamento Para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios.

Por su parte el Ministro de Obras Públicas y Transportes, específicamente en representación del Consejo Técnico de Aviación Civil, en la sesión ordinaria 10-98 del 24 de febrero de 1998 acordó la publicación del citado decreto.

Esta modalidad de contratación fue propuesta ante la Contraloría General de la República por el Consejo Técnico de Aviación Civil, siendo que mediante el Oficio 1560 del 18 de febrero de 1998, el Ente Contralor, considerando que era una figura idónea para mejorar la prestación de los servicios aeroportuarios, emite criterio afirmativo indicando que con éste se contribuía a una mejor satisfacción del interés general. Algunos de los artículos del citado reglamento y que merecen ser comentados son los siguientes:

En el artículo 3° se define el objeto del contrato, estableciendo que:

“el contrato de gestión interesada puede incluir la administración, operación, manejo y mantenimiento del aeropuerto, tanto en lo que respecta a pasajeros como a carga, así como la rehabilitación de las instalaciones aeroportuarios, la construcción parcial o total de las obras nuevas o terminación de aquellas en proceso de construcción que sean necesarias para brindar los servicios aeroportuarios. Igualmente podrá incluir, entre otras, la prestación de servicios de asesoría en materia aeroportuaria y la promoción del aeropuerto en los mercados internacionales”.

En el artículo 6°, entre otros puntos, se establece que:

“El gestor podrá subcontratar la construcción de la obra, pero que cuando esta implique más de un 50% del total de la obra, el contratista deberá recabar previamente la autorización del Consejo Técnico de Aviación Civil, aun cuando estos subcontratos se rigen por el derecho privado”.

El artículo 7° especifica que:

“Tanto la Administración contratante como el gestor participaran en los resultados de la explotación, es decir de sus riesgos y beneficios, en los términos que se establezcan en el cartel y el contrato”.

En el artículo 9° se dispone que:

“El plazo del contrato de gestión interesada no podrá exceder de veinticinco años”.

El artículo 11 refiere que:

“La Administración mantendrá en todo momento la titularidad de los servicios aeroportuarios, respondiendo ante terceros por la operación propia de la actividad”.

El artículo 13 indica que:

“El contrato no implica traspaso alguno de las instalaciones, mejoras y derechos de la Administración a favor del gestor. Que tampoco conlleva, en modo alguno, la venta del aeropuerto, ni su arrendamiento, ni la imposición de gravámenes sobre él”.

En el artículo 15 se indica que:

“El Gestor tendrá derecho a hacer recomendaciones, tanto de carácter general como específico, al Consejo Técnico de Aviación Civil, con el propósito de fijar los mecanismos, principios y cambios necesarios para maximizar la rentabilidad del aeropuerto así como la calidad de los servicios prestados”.

El artículo 17 dice que:

“El gestor deberá garantizar la continuidad de la prestación del servicio durante la vigencia del contrato y especialmente durante la construcción de las obras”.

De las causas de resolución del contrato señaladas en el artículo 18, es importante indicar la del incumplimiento de los términos del contrato:

“ el que de manera que afecte gravemente la prestación del servicio; las que señalan expresamente el cartel y el contrato y los motivos de interés publico”.

El artículo 20 define el procedimiento para la selección del gestor, el cual es:

“ licitación pública”.

De los artículos citados, se desprende que el reglamento regula lo que será el contrato en sus aspectos sustantivos, tales como su naturaleza, pero sobre todo al conjunto de derechos y obligaciones de las partes contratantes, plazo, modo de terminación, es decir, desarrolla en forma completa los efectos del contrato que se propone.

Finalmente, es importante indicar que sobre la base del referido reglamento, se preparó el cartel para llevar a cabo la licitación pública 1-98, la cual una vez adjudicada, fue el sustento del Contrato de Gestión Interesada.

B. LA GESTIÓN INTERESADA EN COSTA RICA

Como se ha venido refiriendo, en nuestro país se ha realizado el procedimiento para implementar la Gestión Interesada, específicamente para el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, por lo que en este apartado haré un análisis a partir de su desarrollo en el entorno nacional.

1. Contrato de Gestión Interesada en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría

El procedimiento para dar en contrato las obras y servicios del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría empezó en noviembre de 1997, cuando el Gobierno emitió una directriz para permitir la participación privada. La contratación tardó varios años y estuvo llena de sobresaltos, muchos de ellos de carácter legal.

Se tomó la decisión de utilizar la figura de la gestión interesada, para lo cual se publica el respectivo reglamento, una vez preparado el cartel, se saca a licitación para adjudicar la gestión interesada en el aeropuerto.

Ya en esta etapa se veían los cuestionamientos legales al procedimiento recién iniciado. Para marzo de 1999 se encontraban presentadas cuatro ofertas para la adjudicación, pero también se daba la presentación de varias acciones legales contra los procedimientos seguidos. Posteriormente fue adjudicada la oferta al consorcio *Airport Group Internacional (AGI)*. Una vez realizada la adjudicación no se hicieron esperar las apelaciones de los restantes oferentes.

Para noviembre de ese mismo año, después del rechazo de las apelaciones, la Sala Constitucional ratificó la adjudicación de la licitación al consorcio AGI, para lo cual se procedería a la elaboración del respectivo contrato. Sin embargo, casi un año después, para septiembre de 2000, aún no había sido posible la firma del contrato, situación que generaba incertidumbre.

Ante esta situación, tal y como se cita en el diario La Nación del lunes 4 del citado mes, la Asamblea Legislativa solicitaba a las autoridades respectivas que se les facilitara una copia del borrador de dicho contrato, dándose una negativa por parte del entonces Ministro de Obras Públicas y Transportes, él cual argumentaba que la fiscalización del contrato le correspondía a la Contraloría General de la República y no a entes políticos como el Congreso. Finalmente a mediados del mismo mes, para el 19 de septiembre se suscribe el contrato. Paso seguido es enviado a la Contraloría para su refrendo.

Vale la pena acotar que, tras varios años de escuchar el nombre *AGI* como gestor interesado, el consorcio que hoy administra el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría se llama *Alterra Partners*, sobre lo cual se ha indicado que se trata del mismo grupo, pero con un nombre y un líder diferentes. Al respecto es importante decir que *AGI* –de origen norteamericano pero adquirida por la compañía inglesa *TBI*– era el nombre del consorcio que ganó la licitación porque era la empresa mayoritaria, sin embargo *AGI* se retiró de la negociación del contrato y *Bechtel*, uno de los socios minoritarios decidió convertirse en socio mayoritario, cambiando la composición de propiedad de las acciones, ya que antes *AGI* tenía 85 por ciento y *Bechtel* 10 por ciento, pasando en la actualidad a 42,5 por ciento para *AGI* y un 52,5 por ciento para *Bechtel*. Este último cuenta precisamente con la empresa *Alterra Partners*, dedicada al área de aviación, la cual es relativamente nueva ya que empezó a funcionar en junio de 2000.

El cambio referido se justificó en que ese movimiento en la posesión de acciones era factible, ya que el marco legal de la Gestión Interesada prevé ese tipo de cambios accionarios, en el tanto el aeropuerto esté en manos de un operador aeroportuario y que *Alterra Partners*, aun con la falta de experiencia requerida, de

acuerdo con las condiciones del contrato, es una empresa manejadora de aeropuertos. Cabe indicar que como se señaló, uno de los puntos relevantes del cartel, era precisamente la experiencia en materia aeroportaria. Finalmente, el 5 de mayo de 2001 entra a operar el nuevo gestor.

2. Críticas a la Gestión Interesada

Al ser la Gestión Interesada una modalidad de contratación nueva en nuestro ordenamiento, ha generado una serie de críticas, que se han enfocado a diferentes aspectos de dicha gestión. Así, se han referido a la figura propiamente, al reglamento, al procedimiento y propiamente al contrato.

Es importante indicar que todas estas críticas tuvieron el respaldo de reconocidos especialistas en Derecho Público y Administrativo, entre ellos el Dr. Enrique Rojas Franco, Dr. Jorge Romero Pérez, Lic. Juan José Sobrado, Lic. Gerardo Ribas Bazo, diputados, entre ellos Otto Guevara Guth y Guillermo Constenla Umaña y, organizaciones como el Consejo de Defensa de la Constitucionalidad, además de las empresas participantes en el concurso licitatorio.

También han exteriorizado sus posiciones entes como la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República, sin obviar a la Sala Constitucional y otras instituciones como la Defensoría de los Habitantes, y la propia Asamblea Legislativa, a través de una Comisión Investigadora.

Seguidamente me referiré a las principales críticas, las cuales considero son las más importantes.

Como mencioné anteriormente, ante la implementación de la Gestión Interesada, han surgido críticas a la figura, al reglamento, al procedimiento y al contrato, las cuales, en su gran mayoría, se han expuesto en la presentación de varias acciones administrativas y judiciales que cuestionaban la validez, tanto del reglamento, la licitación, así como del Contrato de Gestión Interesada, acciones que fueron presentadas ante el Consejo Técnico de Aviación Civil, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, la División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, además de informes y peticiones administrativas, así como a través de publicaciones en diferentes medios de comunicación colectiva.

Debe indicarse que en la mayoría de los casos se declararon incompetentes los órganos ante los cuales fueron presentadas y, las que fueron admitidas, al final fueron desestimadas.

En este aparte no haré referencia a cada una de ellas en forma individual, ya que en su gran mayoría los alegatos eran los mismos, sino que enfocaré las que se compartían dependiendo del punto debatido.

Realmente, las críticas no se han enfocado directamente hacia la figura de Gestión Interesada, ya que al referirse a ella, lo que se ha cuestionado es que no se necesitaba poner en manos privadas el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, así por ejemplo el diputado Otto Guevara manifestó:

“Que del estudio elaborado por la Consultora TAMS era evidente que no se necesitaba la financiación de un Gestor privado, ya que el mismo con sus ingresos, en parte tributarios, se producirían siempre, permitiendo no sólo la posibilidad de transformar el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, sino que permitiría en gran parte el desarrollo de un nuevo aeropuerto en Orotina. Que ante la imposición de un Gestor, estos tributos pasan a manos de éste”.

El extracto del estudio citado, no es cuestionado, pero debe analizarse que estos fondos del Consejo Técnico de Aviación Civil, provendrían de una gestión eficiente, modernizada y con las inversiones que el aeropuerto requeriría para una adecuada operación.

Utilizando la posibilidad de los denominados “tipos abiertos” contemplados en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, se implementa la Gestión Interesada, la cual ha sido identificada como aquella figura por medio de la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá, fundamentalmente, mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista.

Ante esta situación, juristas como Romero Vargas, Sobrado y Rojas Franco, son del criterio que la norma utilizada para la creación del Reglamento de Gestión Interesada para el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, no era la idónea, amparado su posición con oficios de la Contraloría General de la República, sobre la posibilidad de utilizar esta norma cuando se trate de ciertos bienes del Estado, en

criterio del entonces Director de Contratación Administrativa, Lic. Ribas Bazo, citando por ejemplo que:

“Que la utilización del artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa no aplica en el caso del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Que la utilización de esta norma se justifica solo en el caso en que por ausencia de regulaciones especiales en el derecho público para atender la necesidad detectada (en este caso realizar obra pública y gestión de servicios públicos), resulte necesario recurrir supletoriamente a figuras contractuales propias del derecho privado, y en el caso del citado aeropuerto, existía una ley marco”.

Independientemente de que me refiera a esta posibilidad más adelante, es importante mencionar que como fundamento de la violación señalada, se dijo que normas como el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política, prohíbe todo acto que implique la salida de la esfera de control y disposición del Estado de los aeropuertos internacionales, además de los otros bienes contemplados en ese artículo.

Adicionalmente, se fundamentó en lo dicho por la Sala Constitucional en el Voto 3972-92, la cual indicó que se avala la concesión de obra pública de esos bienes demaniales, adjudicada administrativamente, en el tanto sea con base en un procedimiento establecido por una “ley marco”, ya que estos nunca salen de la esfera de control del Estado, y este tipo de ley haría ilógico acudir a la Asamblea Legislativa para que ratifique cada contrato de concesión, tratándose de estos bienes.

Una vez entrado en vigencia el reglamento, surgen críticas en cuanto a su articulado, no obstante, ya la Contraloría General de la República había dado su

aprobación al mismo. Así por ejemplo, uno de los puntos criticados ha sido la figura del fideicomiso, indicándose:

“Que el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios establece en su artículo 8 la constitución de un fideicomiso para garantizar al contratista el efectivo pago de los ingresos”.

Sobre este punto se ha señalado que la constitución de un fideicomiso o de cualquier otra figura financiera, va directamente en contra del principio de Caja Única del Estado, pues se separan fondos públicos para otros usos, alejándolos del control fiscalizador de la Contraloría General de la República.

Sin embargo, sobre este punto cabe resaltar que el reglamento no lo estipula como una obligación, sino como una posibilidad al establecer que se podrá recurrir a otras figuras para asegurar el efectivo pago derivado de ingresos y cita entre otras el fideicomiso.

Sobre el mismo reglamento, también se ha criticado que el mismo exime de responsabilidad al Gestor ante terceros, indicando:

“Que el artículo 11 del Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios establece que será la Administración la que responderá ante terceros por la operación propia de la actividad”.

Al respecto, se ha señalado que debe de ser el gestor interesado el que asuma la responsabilidad por los daños y perjuicios que se causen en el funcionamiento normal del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, ya que de acuerdo con lo

estipulado en el artículo 190 la Ley General de la Administración Pública, el Estado no podría asumir daños y perjuicios que no derivan de sus actuaciones.

Un punto que considero importante, es que en el artículo 7° de dicho reglamento se indica que tanto la Administración como el Gestor participaran de los riesgos y beneficios de la explotación, lo que no es claro es quien asume la responsabilidad en caso de ser el gestor el que incurra en ella, sobre todo tratándose de una prestación de servicio.

Para abril de 1998 se empieza a distribuir el cartel de la licitación pública 01-98, siendo que hasta el mes de julio de 1999 es adjudicado, precisamente posterior a su adjudicación es que se hacen una serie de críticas tanto a su valoración como a su contenido, así por ejemplo el Dr. Rojas Franco ha manifestado:

“Que el Cartel de la Licitación Pública 01-98 permite, de manera contraria al Principio Intuïto Personae que se aplica en materia de contratación administrativa, que la empresa cuyo giro sea la prestación de servicios aeroportuarias puede tener una participación que no sea inferior al diez por ciento. De esta forma, el Cartel permite que una empresa que no tenga experiencia alguna en el manejo de aeropuertos, pueda controlar la sociedad gestora y que por lo tanto, dicha empresa podría fácilmente tomar decisiones perjudiciales al manejo del aeropuerto”.

“Que el Cartel de la Licitación Pública 01-98 establece un arbitraje de equidad para resolver las controversias que se produzcan como consecuencia de la interpretación o aplicación el contrato de gestión interesada, los seguros, daños e indemnizaciones”.

En torno a esta cuestión se ha indicado que la Administración no puede someterse a arbitrajes de equidad, sino que únicamente de Derecho, pues ésta se encuentra sometida al Principio de Legalidad. Que permitir un arbitraje de equidad equivaldría a que la Administración se encuentre obligada a llevar a cabo actuaciones para las cuales no se encuentra facultada jurídicamente.

Por otra parte, se ha indicado que la Contraloría General de la República no llamó la atención a la Administración licitante en el sentido de que en el cartel establece en su punto II.D.8 que el arbitraje será de equidad y el contrato en su cláusula 23.3.1 afirma que es un arbitraje de derecho obligatorio. Es necesario enfatizar que el cartel siempre priva sobre el contrato, pues el primero es el que define las bases de la contratación.

También se ha señalado:

“Que el órgano competente para tramitar la Licitación Pública 01-98 era la Proveduría Nacional, conforme al artículo 103 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa y que el Reglamento del Consejo Técnico de Aviación Civil, No. 3118-T, del 8 de agosto de 1973, no establece entre las atribuciones del Consejo Técnico de Aviación Civil el poder adjudicar contratos administrativos”.

En cuanto a este punto se criticó que el órgano que realizó la Licitación Pública 01-98 fue el Consejo Técnico de Aviación Civil, el cual se encuentra adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Dicho órgano obtuvo su personalidad jurídica por medio de una norma atípica de presupuesto (artículo 14, inciso 35, Ley 7018 de 1986), la cual es inconstitucional. Que al ser dicha norma

contraria a la Constitución, quiere decir que todo lo actuado por el Consejo Técnico de Aviación era absolutamente nulo, al estar viciado *ab initio* por falta de competencia.

Que incluso, al tramitarse el concurso público, tanto la Contraloría General de la República, como la Procuraduría General de la República, conocían de dicha inconstitucionalidad, pero esa nunca se alegó o analizó. (Lo anterior consta en los Oficios 7063, 12499, 6325 de la Contraloría General de la República, 95-532 de la Asesoría Legal del Registro Aeronáutico y C-178-95 de la Procuraduría General de la República). Que la Contraloría General de la República en su Oficio 2978 del 12 de marzo de 1997, emitido por medio de la Dirección General de Contratación Administrativa, estableció con claridad que un órgano desconcentrado, como el Consejo Técnico de Aviación Civil no podía llevar a cabo una licitación pública, pues carecía de las atribuciones legales para hacerlo, lo cual constituía un vicio de nulidad absoluta. De la misma forma, a la hora de referirse a dicha inconstitucionalidad en el expediente 99-4563-0007-CO, la Procuraduría General de la República afirmó que dicha norma era inconstitucional.

Que al momento de la tramitación de la Licitación Pública 01-98 se alegó dicho inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional, pero ésta rechazó de plano la acción (Voto 8409-99). Sin embargo, dicha norma fue declarada inconstitucional en la Acción de Inconstitucionalidad 00-7299-0007-CO, demostrando la validez de lo argumentado.

Que precisamente la Ley General de la Administración Pública en su artículo 172, indica que *"el acto absolutamente nulo no se podrá arreglar a derecho ni por saneamiento, ni por convalidación"*. Que la convalidación es hacia el pasado, y no

hacia futuro, sin establecer claramente qué actos está convalidando o por qué defectos. Que conforme a la mencionada ley, que es de orden público, lo correcto era llevar a cabo una conversión, la cual solo tendría efecto a futuro. Que denotando el evidente vicio que tenía el procedimiento licitatorio, la Asamblea Legislativa, por medio de la Ley 8038 de 12 de octubre de 2000, publicado en el Alcance 67-A a La Gaceta 198 del 17 de octubre de 2000, procedió a otorgarle personería jurídica instrumental al Consejo Técnico de Aviación Civil y a convalidar todo lo actuado.

Es necesario indicar que solamente la Asamblea Legislativa tiene esa prerrogativa, darle personería jurídica a un ente como el Consejo Técnico de Aviación Civil y por medio de una ley ordinaria.

Al respecto debemos tener presente que la promulgación de una ley está sujeta a requisitos procedimentales y formales ineludibles por disposición constitucional. La Sala Constitucional se ha referido constante y reiteradamente a la inconstitucionalidad de la inclusión de leyes ordinarias en las leyes de presupuesto, procedimiento contrario a los artículos 121 inciso 1, 11, 124 y 178 de la Constitución Política, porque se trata de asimilar, en un mismo procedimiento legislativo, un acto administrativo de la Asamblea y leyes en sentido material, ya que se trata de actos legislativos de diferente naturaleza y contenido, aunque el presupuesto sea una ley formal, las demás leyes deben tener también esa naturaleza y la creación de un ente descentralizado, de acuerdo con la Constitución Política, artículo 189 inciso 3, debe serlo por medio de votación no menor de dos tercios del toda de los miembros de la Asamblea Legislativa y su autonomía administrativa y política derivaran de su ley de creación.

Bajo estas circunstancias, se ha dicho que resulta primeramente cuestionable que existiendo ese vicio, se intente convalidar mediante el acuerdo 152 suscrito entre la Presidencia y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, lo actuado por el Consejo Técnico de Aviación Civil y, en segundo lugar, darle personería jurídica después de firmado un contrato de tal magnitud, ya que semejante vicio originario afectaba la totalidad por defectos de formación.

Respecto del contrato, se han señalado una serie de críticas que van desde su formación hasta su contenido, a saber:

“Que de acuerdo con la normativa vigente, dicho contrato debería de ser aprobado por la Asamblea Legislativa, conforme a los artículos 121 inciso 15) y 140 inciso 19)”.

Al respecto se citó el Voto 2319-98 de la Sala Constitucional, el cual establece la obligatoriedad constitucional de que si se pretende enajenar un aeropuerto nacional, se debe hacer por medio de concesión establecida por la vía legal; por lo que dicho precedente constitucional contradecía lo actuado en la Licitación Pública 01-98. Por otra parte, el cartel no estableció la obligación de que dicho contrato fuera aprobado por la Asamblea Legislativa.

Adicionalmente se alegó que conforme a los artículos 121 inciso 14 y 140 inciso 19 de la Constitución Política y los Votos 2318-98 y 2319-98 de la Sala Constitucional, era un requisito imprescindible que el contrato fuera aprobado por el Parlamento. Sin embargo, dicha requisito nunca fue establecido y por lo tanto, no se cumplió con él, por lo que el contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta.

Otros aspectos criticados son que el Contrato de Gestión Interesada atribuya al gestor el manejo del control fiscal, aduanal y de servicio, lo que tiene como consecuencia una renuncia a las potestades indelegables atribuidas por ley a la Administración. Sobre este punto, la Sala Constitucional indicó:

“... resultaría abiertamente inconstitucional que el contrato en cuestión hubiera efectivamente trasladado al gestor cualesquiera potestades de imperio, es decir, atribuciones que -en atención del interés general- le permiten actuar aun contra la voluntad del administrado. Aspectos tales como el control migratorio y aduanero, la seguridad aeroportuaria, la autorización para despegues y aterrizajes, entre otros, son claramente competencias públicas, que en ningún caso podrían pasar a manos del gestor, excepto como colaborador y asesor. Ello sería inválido por una doble razón: primero, porque el Estado no puede renunciar a sus competencias, las cuales constituyen para él al mismo tiempo poderes y deberes ineludibles de actuación; segundo, porque solamente la Ley puede constituir ese tipo de poderes especiales, según dispone el artículo 59 de la Ley General de la Administración Pública”.

Sin embargo, en el mismo punto termina indicando que:

“... No obstante lo anterior, nada impide que aspectos tan sensibles como la seguridad aeroportuaria, por ejemplo, regulada en el Apéndice A del contrato (cláusulas 7.A y 7.E.6), puedan ser apoyada por el gestor mediante la contratación de servicios privados de seguridad, en el entendido de que en ese aspecto dichos servicios se encuentran en un todo subordinados a las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública encargadas de garantizar la seguridad del Aeropuerto, toda vez que en vista de que el gestor deberá realizar inversiones importantes en infraestructura, así como manejar

cantidades importantes del dinero que recaude, resulta razonable mantener la mencionada posibilidad... La actuación del gestor en relación con estos servicios será simplemente la de un asesor y cooperador de buena fe, sin que le esté permitido tomar decisión respecto de dichas competencias...”.

En esa misma línea también se ha indicado que a la hora de llevar a cabo el refrendo del Contrato de Gestión Interesada, la Contraloría General de la República, a pesar de encontrar elementos que consideraba lesivos y contrarios al interés público, procedió a aprobarlo. Esto, a pesar de que la práctica tradicional, que se ajusta al esquema normativo vigente, obligaba a la Contraloría General de la República a que se hicieran las correcciones en el contrato y luego a que éste se sometiera nuevamente a su aprobación. Ese procedimiento nunca se llevó a cabo, así por ejemplo, se señalado que:

“El Contrato de Gestión Interesada contraría a la jerarquía normativa vigente, en su cláusula 23.3.2 coloca al Contrato sobre el resto del ordenamiento jurídico costarricense. En igual, véase la cláusula 27.4, que da las mismas facultades. Dichas disposiciones son contrarias a los artículos 11 de la Ley General de la Administración Pública, 3 y 32 de la Ley de Contratación Administrativa y 2 de su Reglamento. En ese mismo sentido, ver los Votos 3348-95, 8320-97 y 998-98 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia”.

Sobre este punto, se ha reiterado, que prevalece lo dispuesto por el contrato en el tanto regule sustancialmente la forma en que se llevará a cabo la gestión. Sin embargo, nuestro criterio es contrario, porque tratándose de la práctica, en lo que contraría aspectos ya normados, es nula. La Sala al referirse a este punto indicó que:

“... No es éste un tribunal competente para el análisis del apego de los contratos administrativos con respecto a las normas de rango legal y reglamentario, y mucho menos en relación con las bases originales del cartel licitatorio, para lo cual el ordenamiento ha provisto los órganos especializados capaces de realizar dicho control, en sede administrativa, la Contraloría General de la República y en sede jurisdiccional, los tribunales contencioso administrativos. No debe la Sala suplantar las atribuciones de ellos, razón por la cual, como en cuanto a estos extremos no se acusa ninguna concreta violación a normas o principios conformadores del parámetro de constitucionalidad, no procede hacer pronunciamiento por el fondo respecto de los mismos...”.

Un aspecto, que aunque no es materia de esta tesis, resulta importante mencionar –por la gran cobertura, tanto de juristas, de administrativistas e incluso por ser motivo de investigación por una comisión nombrada al efecto por la Asamblea Legislativa y extensamente por los medios de comunicación nacional–, es que una vez entrado en operación el contrato, el Gestor Alterra, manejador y administrador del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, alegó que existía un déficit de financiamiento. Esa figura se consideró que no tenía asidero contractual alguno y, aun así, se solicitó al Gobierno un préstamo por \$12,4 millones de dólares, que eran exclusivamente para invertir en las obras. No obstante, el Órgano Fiscalizador indicó que el déficit era por sólo \$ 7,5 millones de dólares.

Más relevante aun, es que se sintió la presión ejercida por el gestor, quien indicó que de no recibir el financiamiento se iría del país. Sobre ese punto el Consejo Técnico de Aviación Civil y el Gestor llegaron a un acuerdo el 13 de agosto de 2001 en el cual se acordó financiar el déficit de financiamiento. Por su parte, la Contraloría General de la República aprobó dicho préstamo.

Las críticas se han enfocado en la falta de fundamentación y detalle de lo que consistía el déficit. Alegando que se desconoce si era producto de mayores gastos por parte del gestor, que de ser así, debió asumirlos, conforme a lo estipulado en el contrato. Además de que el gestor afirmó en su oferta que su plan de financiación ***“pone de manifiesto que los miembros del Consorcio AGI aportarán su propio capital durante los primeros tres años en un monto que alcanza el 10% del total de la inversión del Plan Maestro durante el período de 20 años del Contrato de Gestión”***, que se contraponía con el alegado déficit de financiamiento, entendiéndose que el fin era no aportar su propio capital.

Finalmente, se ha señalado que ***“Que la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, ha, en efecto, derogado el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios”***.

Esta crítica puede considerarse como fundamental, ya que de ella se deriva la trasgresión que ha tenido la Gestión Interesada en nuestro ordenamiento, a lo cual me referiré en forma detallada en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO TERCERO:

UNA NUEVA GESTIÓN INTERESADA PARA COSTA RICA

Como se ha venido indicando líneas atrás, para nadie ha sido un secreto los problemas de financiamiento que ha tenido el Estado para realizar las obras públicas que el país requiere. No nos referimos solamente a los aeropuertos del país, sino en carreteras, muelles y otras infraestructuras, razón de más para pensar en buscar alternativas que de alguna forma atraigan y faciliten la inversión privada, buscando como fin, salir del estancamiento en que las obras han estado.

Adicionalmente se ha tenido la creencia de que la experiencia de las entidades privadas, la competencia entre las mismas para la obtención de la gestión y el ahorro de la Administración en recursos materiales y personales, suponen una reducción del costo sin afectar la calidad, e inclusive ésta se ha visto incrementada.

Dentro de las alternativas contractuales reguladas de forma expresa en nuestro ordenamiento, está la Concesión de Obra, la Concesión de Obra con Servicio Público y la Concesión de Gestión de Servicio Público. Sin embargo, se propuso como una alternativa más la Gestión Interesada, la cual fue amparada como un tipo abierto, permitido por el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa.

Como se señaló anteriormente, se crítico que en el presente caso no debió ajustarse a esta norma, sino a la Ley de Concesión de Obra, vigente en ese momento, o bien a la Ley de Concesión de Obra con Servicio Público, promulgada

posteriormente, por lo que en el presente capítulo haré un análisis que permita concluir cómo debe ser la implementación de la Gestión Interesada en Costa Rica.

En primer termino me referiré a la potestad administrativa de utilizar tipos abiertos de contratación, la cual considero que se encuentra limitada, ya que si bien el citado artículo 55, le otorga esa facultad a la Administración, el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política, prohíbe todo acto que implique la salida de la esfera de control y disposición del Estado, los aeropuertos internacionales, entre otros bienes, con las excepciones que adelante citaré.

El artículo 140 inciso 19 de la Constitución Política, limita también la facultad de utilización de tipos abiertos de contratación administrativa, puesto que, obliga a la Administración a someter el contrato particular a la aprobación de la Asamblea Legislativa, delo que ha sido interpretado por la Sala Constitucional de una manera clara, al afirmarlo en los Votos 3972-92 y 6240-93, indicando que tal aprobación solo será necesaria cuando no exista una “ley marco” dictada por la Asamblea Legislativa y que regule de forma específica el procedimiento de contratación.

Contrariamente a las disposiciones expuestas, la Sala Constitucional, refiriéndose a la potestad del Poder Ejecutivo para emitir el reglamento de gestión interesada, indicó en el Voto 11657-01, que:

“...se concluye que la emisión del Decreto número 26801-MOPT no configura una violación a la reserva de Ley en esta materia, ya que constituye una forma válida de ejercicio de la potestad reglamentaria ejecutiva, teniendo como base la autorización expresa de los artículos 3° y 55 de la Ley número 7494. Así, el Poder Ejecutivo estaba habilitado para dictar un decreto

reglamentario en uso de las atribuciones que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política le confiere, con la finalidad de propiciar la efectiva ejecución de las normas legales ya mencionadas, previendo mecanismos innominados de contratación administrativa que se ajustaran a las concretas necesidades que caracterizan a la compleja función administrativa, en aras de cumplir su objetivo esencial: la satisfacción del interés general. En uso de sus potestades discrecionales, eligió la figura de la gestión interesada como la más idónea para satisfacer esas necesidades, lo cual es válido desde el punto de vista del Derecho de la Constitución...”.

Considero que la Sala se limitó solo a definir la potestad reglamentaria, pero no entró a hacer un análisis jurisprudencial ni constitucional de la figura, con lo cual se contradice con lo que había venido manifestando en la jurisprudencia de años anteriores en cuanto a los bienes demaniales y su especial protección.

En cuanto a la potestad reglamentaria, es importante señalar que la misma esta sujeta a límites formales y sustanciales, así como a los principios generales del Derecho, uno de ellos *“el principio de la interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria”* que obliga a respetar el orden jerárquico establecido, a realizar una *“efectiva constatación”* sobre los hechos que se intentan justificar en el reglamento.

De tal forma que, como la misma Sala lo expresó en el Voto 5227-94:

“no cabe reconocer que la Administración pueda dictar reglamentos que puedan suplir a las leyes porque el reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, la cual no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir la ley,

cuando la misma es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. Sobre esta plataforma se modula lo que llamamos el ‘orden jerárquico de las normas’ y, cabe agregar, que la norma constitucional se encuentra en la cúspide de este orden”.

Es más, en el Voto 2478-94 la Sala hace suyo lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en el sentido de que *“las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la complementan regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento sino también los fines que se propuso el legislador”*, y a su vez expresó que el reglamento debe respetar el espíritu de la ley de la que deriva, porque no puede vulnerar la concepción sustantiva de la ley.

Retomando lo anterior, ese deber de constatar sobre los hechos que se intentan justificar en un determinado reglamento, es lo que debió prevalecer, para determinar si realmente debía implementarse la Gestión Interesada como un tipo abierto, innominado y reglamentado.

Adicionalmente, debe considerarse que el hecho de no estar contemplado en nuestro ordenamiento, no significa que no comparta las características de modalidades contractuales ya existentes. Al respecto, la Sala Constitucional al referirse a la figura de la Gestión Interesada ha indicado, específicamente en el considerado VII del Voto 11657-01, que:

“I.- La gestión interesada de servicios aeroportuarios. La gestión interesada es una forma de gestión de los servicios y las obras públicas a través de la cual la Administración actúa mediante el concurso de un tercero (en este caso un particular), el cual actúa por cuenta y a nombre del Estado, quien

cobra el servicio, dando como remuneración al gestor un estipendio previamente definido. En este caso, es el ente público respectivo el que continúa a cargo del bien y de todos los servicios públicos relacionados con éste, pero sirviéndose del gestor como administrador. La responsabilidad por el servicio público allí prestado permanece en manos del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que ante él pueda asumir el gestor por faltas a sus deberes. Se diferencia de otras figuras tales como la concesión de obras y servicios públicos en el tanto en que en estas últimas ocurre una verdadera traslación de la prestación y explotación del servicio; asimismo, en la concesión la retribución del particular se produce a partir de los pagos que reciba directamente del público, y la responsabilidad reposa siempre en el concesionario. Es claro entonces que ambas figuras -la concesión y la gestión interesada- no deben ser confundidas. Sobre este punto, los accionantes reclaman que el Decreto 26801-MOPT lo que establece es una verdadera concesión ‘encubierta’ del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría y los servicios que allí son prestados. Al respecto, de la lectura del Reglamento en cuestión, así como del contrato finalmente suscrito, se desprende con claridad que no llevan razón los promotores de este proceso, pues la figura por la que se opta en los dos instrumentos mencionados es efectivamente la de la gestión interesada y no la de la concesión de obra con servicio público. Para arribar a la anterior conclusión, ha de tomarse en cuenta lo que disponen los artículos 2° y 11 del Decreto 26801-MOPT”. (El resaltado no es del original).

No comparto lo expuesto por la Sala Constitucional. En primer lugar, porque no entró a considerar la figura propiamente, es decir, no estudió el carácter que se les estaba dando y mucho menos realizó un análisis doctrinal y como quedó de manifiesto en la presente investigación, en la doctrina, la Gestión Interesada es una modalidad de la concesión.

En segundo lugar, considero que la realidad se le opone, porque del estudio realizado, en la práctica nacional, la Gestión Interesada ha operado como una modalidad de la Concesión de Obra Pública con Servicios, compartiendo sus principales características, a saber: las reglas sobre actuaciones preparatorias, procedimientos y formas de adjudicación, modificación, efectos y extinción.

Si la Gestión Interesada es una modalidad de concesión, debió apegarse al marco jurídico que existía en ese momento. Sin embargo, cuando la Contraloría General de la República se pronunció favorablemente sobre el reglamento, Oficio DGCA-145-98 del 18 de febrero de 1998, ignoró la Ley de Concesión de Obra Pública 7404 y su reglamento entonces vigentes.

Es importante retomar aquí el orden en que se dieron las leyes marco tratándose de concesión de obra pública, para poder determinar si el reglamento de Gestión Interesada roza con el ordenamiento.

La Ley de Concesión de Obra Pública de 1994 y que estuvo vigente hasta mayo de 1998, contemplaba el denominado contrato de obra pública, realizando una regulación de modo muy general de todo lo atinente a la contratación y regulación de esta modalidad de contratos.

El Reglamento Para la Gestión Interesada en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría nace a la vida jurídica mediante Decreto 26801-MOPT publicado en La Gaceta 63 del 31 de marzo de 1998, estando vigente la ley de 1994, anteriormente citada. Como se indicó este reglamento se basó en la Ley 7494, Ley de Contratación Administrativa que entró a regir el 1º de mayo de 1996.

Dos meses después de haber salido publicado el citado reglamento, nace la nueva Ley 7762, Ley de Concesión de Obra con Servicio Público del 22 de mayo de 1998.

De lo que ya se ha expuesto en el presente trabajo en relación con la jurisprudencia constitucional, la Ley de Concesión de Obra Pública de 1994 no autorizaba la concesión en aeropuertos internacionales, muelles, ferrocarriles y ferrovías, tanto en los nuevos como en los ya existentes; ni servicios públicos que en ellos se prestaran.

Sin embargo, debo indicar que en este punto discrepo, ya que según lo señalado por la propia Contraloría General de la República y en consideración a los artículos 3° y 6° de la Ley 7404 de 1994 en concordancia con lo dispuesto por la Sala Constitucional en el Voto 3789-92, cuando le fue consultado el proyecto de ley que le dio origen; es que tratándose de este tipo de bienes, no hay impedimento para que se de en concesión la construcción de una obra nueva o con la explotación del servicio, pero en ambos casos debe pasar el trámite de aprobación de la Asamblea Legislativa contemplado en el artículo 140, inciso 19 de nuestra Constitución Política. También se consideró que los “servicios públicos complementarios o no esenciales” a que hacía referencia el artículo 6°, debían seguir este trámite.

Es decir, si la Ley 7404 permitía la concesión en este tipo de bienes, no había necesidad de crear una figura atípica. Podría entonces pensarse que el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa 7494, se sobreponía a la ley marco. Sin embargo, considero que no fue así, porque la Ley de Concesión de Obra es una ley marco, y la Ley de Contratación Administrativa es general.

Otro aspecto, es que al salir publicada la nueva Ley 7762, Ley de Concesión de Obra con Servicio Público de 22 de mayo de 1998, dos meses después de promulgado el reglamento, y en donde de forma específica se contemplan los mecanismos en que deben ser dados a los particulares, bienes como el aeropuerto, permitiendo la modificación, ampliación, conservación y mantenimiento de las obras públicas ya existentes, pero *“eximiendo”* del requisito de aprobación de los contratos por parte de la Asamblea Legislativa, queda derogado el citado reglamento.

En ese sentido, dos enunciados de la ley vigente y que servirán de referencia en este análisis, son:

Artículo 1º:

1.- Esta ley regula los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos.

En el artículo 2º dispone que:

2.- Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.

De lo expuesto en esta ley, se concluye que a partir de su entrada en vigencia, la potestad administrativa de utilizar tipos abiertos de contratación encuentra limitaciones, tratándose de estos bienes.

Así también se puede señalar otras consideraciones que debieron tomarse en cuenta en el caso específico del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, las desarrollo a continuación.

De acuerdo con lo indicado en el artículo 124 de la Constitución Política, el principio de ley posterior deroga a la anterior, por lo que el artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos de 1998, se sobrepone parcialmente a lo dispuesto en el artículo 55, al limitar esa libertad contractual en el tanto el contenido de cualquier figura nueva, conlleve el concesión de obra pública con servicio público.

Considero que queda derogado el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios, Decreto 26801-MOPT del 19 de marzo de 1998, publicado en La Gaceta 63 del 31 de marzo de 1998, por cuanto de acuerdo con la jerarquía de las normas una ley marco esta por encima de un reglamento. Es importante señalar, que lo que no deroga son los actos dictados a su amparo, pero como se indicó anteriormente, a la hora de entrar en vigencia, no se había llevado a cabo ni la licitación ni el respectivo contrato.

En el caso concreto, la ley vigente era la Ley de Concesión de Obra Pública, en la que de ninguna manera podemos interpretar que la intención del legislador era suprimir la respectiva aprobación legislativa a la concesión de servicios públicos. Todo lo contrario, en armonía con el artículo 140 inciso 19 de la Constitución, el párrafo segundo del artículo 6° de dicha ley, exigía la autorización legislativa para las concesiones que implicaran construcción de nuevas instalaciones y, a pesar de ello, en total detrimento de la Ley de Concesión de Obra Pública, en el Reglamento Para los Contratos de Gestión Interesada, en el artículo 6°, se regula la construcción

de obras para la prestación de servicios. Precisamente se ha cuestionado que no obstante no se uso como marco jurídico la anterior Ley de Concesión de Obra 7404, si solo se había promulgado el citado reglamento, por qué entonces no rectificar y enmendar el procedimiento aplicando la nueva ley marco: Ley de Concesión de Obra con Servicios Público 7762. Del análisis anterior, queda expuesto que la implementación de la figura de Gestión Interesada, de la forma que se hizo, quebranta las disposiciones de nuestra Constitución Política y con la Ley de Concesión de Obra con Servicio Público, vigente.

Importante es indicar que no es la figura en sí, ya que ella debe ser vista como una modalidad de concesión, representando por si misma una alternativa de financiación privada. Lo que considero es que existiendo otras posibilidades para implementarla, se amparara jurídicamente a la posibilidad reglamentaria de los tipos abiertos contemplados en la Ley de Contratación Administrativa, cuando lo que debió ser era que se contemplara en una ley marco y no en un reglamento, ya que precisamente le daría un marco jurídico consistente, regulándola de una manera clara.

Finalmente, debo señalar que con la promulgación de la Ley de Concesión de Obra con Servicio Público, se buscaba regular la iniciativa de concesión pública, ya sea de obra, de servicio o de obra con servicio, constituyéndose en una ley marco y dejando los detalles de cada concesión al cartel y al contrato, buscando ser una ley de principios y no reglamentista.

Del análisis expuesto y dado que se vislumbra una reforma a la actual Ley de Concesión de Obra con Servicio Público, es que considero que se podría dar un nuevo marco jurídico a la Gestión Interesada, como propongo más adelante.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Considero que la contratación administrativa es una piedra medular dentro del ámbito del Estado y que del acierto en ella, va a depender mucho el progreso del país a la hora de realizar las obras públicas necesarias, así como el éxito de los contratos que realice la Administración, la cual debe velar porque lo esencial prevalezca, a saber el interés público, la eficiencia, la calidad y la justicia.

Así, las normas reguladoras de la contratación administrativa en nuestro país, han sufrido cambios entre los años de 1991 y 1998, con lo cual se ha buscado, dar las pautas a seguir en la concertación de estos contratos, ya que en los últimos años, muchos de los proyectos iniciales, a falta de una legislación más abierta, se han visto paralizados o su proceso de elaboración se ha visto interrumpido, no alcanzándose los resultados esperados.

A. CONCLUSIONES

Del desarrollo del presente trabajo de investigación, se pueden extraer las siguientes conclusiones generales:

1. La contratación administrativa como técnica de colaboración de los administrados con la Administración, se distingue de la contratación privada por estar sujeta a un conjunto de normas y principios que la regulan y porque debe prevalecer el interés público,
2. En Costa Rica existe una especial protección de los bienes de dominio público, cuyo antecedente se encuentra en la voluntad del Constituyente de 1949, que emitió

una disposición para restringir el procedimiento mediante el cual podía darse en explotación, tanto las obras públicas, como los servicios públicos derivados de aquellas. Esa protección ha sido desarrollada en normas de rango legal, como la actual Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

3. El servicio público se conceptualiza como la prestación efectuada por la Administración, en forma directa o indirecta, para satisfacer una necesidad de interés general. Por tal motivo el Estado debe velar porque en la prestación del servicio público prevalezca el interés público y porque cuando sean prestados o librados por un particular, medie la autorización especial otorgada por ley, es decir, la concesión, que en ningún caso debe permitir que dicho servicio salga del dominio estatal.

4. En Costa Rica, tanto la figura de concesión de obra como la gestión de servicios públicos, han sido consideradas como concesión. Así fueron contempladas en la Ley de Concesión de Obra Pública de 1994, en la Ley de Contratación Administrativa de 1996 y en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos de 1998.

5. La figura de la gestión interesada se conceptualiza como el contrato mediante el cual una empresa gestiona un servicio público en nombre de la Administración, corre con los riesgos de la actividad y el gestor es remunerado con los productos de la explotación del servicio, en algunas modalidades, que permiten asociar la remuneración con los resultados de la gestión. Sobre la base de esa modalidad, en el ordenamiento jurídico costarricense se implementó dicha figura en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, pero al no estar contemplada expresamente, debió

ampararse a los denominados “tipos abiertos” establecidos en la Ley de Contratación Administrativa.

6. En Costa Rica la figura de la gestión interesada ha operado como una forma de concesión, ya que en realidad ambas modalidades de contratación comparten características semejantes. Así se desprende de la gestión interesada que opera en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, porque la explotación de ese bien demanial fue dada a un gestor para que construyera las obras que hacían falta y gestionara el servicio público aeroportuario.

7. De lo establecido en el contrato y de la práctica, se ha evidenciado que el proceso de contratación debió ajustarse al mecanismo de concesión de obra pública con servicio público.

8. Considero que la figura de la gestión interesada puede emplearse como una buena alternativa en la búsqueda de financiación privada para resolver los problemas de infraestructura que afronta el país.

La presente investigación demuestra que la forma en que el Estado costarricense implementó la figura de la gestión interesada, contraviene el ordenamiento jurídico, también que el marco jurídico que ampara la actual gestión interesada no es suficiente tratándose de bienes de dominio público.

Varias podrían ser las propuestas. Sin embargo, el interés de este trabajo es plantear una opción que permita utilizar nuevas alternativas contractuales, como es la figura de la gestión interesada, pero regulada y desarrollado en una ley marco.

B. PROPUESTA

Con fundamento en lo demostrado en esta investigación, es decir, que la gestión interesada en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría fue implementada y ha operado como una concesión de obra con servicio público, con el refuerzo de que a nivel doctrinal también opera de ese modo, el marco jurídico que debió dársele en nuestro ordenamiento debió ser éste.

Recientemente, el Consejo Nacional de Concesiones, a través de los medios de comunicación colectiva, ha hecho referencia a la posibilidad de efectuar una reforma integral a la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, para lo cual se espera que en mayo de este año se presente una iniciativa en la Asamblea Legislativa, tal y como lo cita en la página 5 el Diario La República del martes 17 de diciembre de 2002.

De acuerdo con lo informado, esa reforma abarcaría cinco aspectos, entre ellos: el régimen laboral, la garantía de acreedores, la responsabilidad solidaria, el traspaso accionario y el órgano de interpretación. Con ella se pretende agilizar las contrataciones y la entrada en operación de las obras, con el fin de no repetir las dificultades enfrentadas en el pasado.

Con sustento en lo anterior propongo la redacción de un artículo o una norma jurídica, para ser incorporada al citado proyecto de ley, que modifique las modalidades de la concesión e incorpore en ésta la figura de la gestión interesada. De seguido se detalla la propuesta.

PROPUESTA:

Artículo (Nº). Modalidades de la contratación de obras públicas con servicio público.

La contratación de las obras públicas con servicio público adoptará cualquiera de las siguientes modalidades:

a) **Concesión de obra:** Contrato administrativo mediante el cual la Administración concedente encarga a un tercero, que puede ser una persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, la ampliación o la reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de las contraprestaciones cobradas a los usuarios de las obras o a los beneficiarios del servicio, o de las contrapartidas de cualquier tipo que pague la Administración concedente.

b) **Concesión de obra con servicio público:** Contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, que puede ser una persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, la ampliación o la reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de las contraprestaciones cobradas a los usuarios de las obras o a los beneficiarios del servicio, o de las contrapartidas de cualquier tipo que pague la Administración concedente.

c) **Gestión interesada:** Contrato administrativo por medio de la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurarle un pago mínimo.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS, TESIS E INFORMES

1. Libros

Ariño, Gaspar. *El Nuevo Servicio Público*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.

Baudrit Carrillo, Diego. *Teoría General del Contrato*, San José, Editorial Juriscentro, 1960.

Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de los Bienes*, San José, Editorial Juriscentro, 1981.

Bielsa, Rafael. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial La Ley, tomos I y II, 1964.

Calero Rodríguez, J.R. *Régimen Jurídico de las Costas Españolas*, España, Editorial Aranzadi S.A. Pamplona, 1995.

Desdentado Daroca, Eva. *La Crisis de la Identidad del Derecho Administrativo: Privatización, Huida de la Regulación Pública y Administración Independiente*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999.

Dromi, José Roberto. *Derecho Administrativo Económico*, Buenos Aires, tomos I y II, Editorial Astrea, 1987.

Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, tomos I y II, Editorial Astrea, 1987.

Escola, Hector. *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, volumen I, Tomo I, Editorial DePalma, 1987.

Fernández Arguello, Hubert. *Jurisprudencia Constitucional Sobre Contratación Administrativa*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1999.

Fonseca Cubillo, Leonel. *Apuntes Sobre Regulación de los Servicios Públicos*, San José, Copieco, 1997.

- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1952.
- Fournier Acuña, Fernando. *Historia del Derecho*, Costa Rica. Editorial Juritexto, 2ª ed., 1992.
- González Arzarc, Felipe et al. *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*. Ente Nacional Regulador de la Electricidad. Buenos Aires, 1995 .
- Jeze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial DePalma, volumen I, tomos I y II, 1950.
- Jiménez Meza, Manrique. *Justicia Constitucional y Administrativa*, San José, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997.
- Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Diké, San José, tomo I, 2002.
- Losano, Mario G. *I Grandi Sistemi Giuridici*, traducido al español por Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Editorial Debate, 1982.
- Marriehoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Aboledo Perrot, volumen II, tomo III, 1986.
- Miguez Macho, Luis. *Los Servicios Públicos y el Régimen Jurídico de los Usuarios*, Barcelona, Editorial Cedecs, 1999.
- Morón Sánchez, Miguel et al. *Los Bienes Públicos (Régimen Jurídico)*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997.
- Nallar, Daniel M. *El Estado Regulador y el Nuevo Mercado del Servicio Público*, Buenos Aires, Editorial DePalma, 1999.
- Pérez Sánchez, Luis R. *Servicio Público. Técnica de Protección al Usuario*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
- Phillips, Charles Jr., *The Regulation of Public Utilities*, Public Utilities Reports, Inc., 1988.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Derecho Civil*, México, D.F., Editorial Pedagógica Iberoamericana, S.A. de C.V., 1997.

Romero Mora, Jorge. *Comentarios Sobre la Contratación Administrativa*, San José. Universidad de Costa Rica, 1994.

Romero Pérez, Jorge Enrique. *Contratos del Estado*, San José, Editorial UNED, 1993.

Romero Pérez, Jorge Enrique. *Derecho Administrativo General*, San José, Editorial UNED, 1999.

Romero Pérez, Jorge Enrique. *Contratos y Aeropuerto*, San José, Ediciones Lux, 1999.

Ruiz Ojeda, Alberto et al. *La Participación en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España*, Madrid, Editorial Civitas, 2000.

Santos Briz, Jaime. *La Contratación Privada*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1966.

Salomoni, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*, Madrid, Editorial AD HOC, 1999.

Sarmiento García, Jorge et al. *Los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ediciones DePalma, 1994.

Sarmiento García, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*, Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura, 1999.

Sosa Wagner, Francisco. *La Gestión de los Servicios Locales*, Madrid, Editorial Civitas, 4ª ed., 1999.

Unión Europea, *Libro de Servicios y Equipos de Telecomunicaciones*, 1987.

2. Tesis

Mc Rae, Ana P. *Marco Jurídico e Institucional de la Ley General de Concesión de Obra con Servicios Públicos*. Trabajo Final Maestría de Derecho Público. Universidad de Costa Rica, 1998.

Thomas Harvey, Robert. *Reservas de Aguas Para Generación de Energía Hidroeléctrica, en la Legislación Costarricense*. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad de San José, 2000.

Sáenz Fuentes, Guillermo y otro. *Concesión de Obra Pública en Costa Rica, su Tratamiento Doctrinal y Legislativo*, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, ULACIT, 2002.

3. Informes

Informe de la Defensoría de los Habitantes, Oficio DAEC 085-2002 de 30 de mayo de 2002, dirigido a la Contraloría General de la República y Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Petición Administrativa del Dr. Enrique Rojas Franco del 4 de marzo de 2002, dirigido a la Procuraduría General de la República.

Petición Administrativa del Diputado Otto Guevara Guth, Presidente del Partido Movimiento Libertario, Oficio ML-233-OGG-99 del 21 de julio de 1999, dirigido a la Contraloría General de la República.

B. LEYES Y DECRETOS (REGLAMENTOS)

1. Leyes

Costa Rica, *Constitución Política de la República de Costa Rica, Concordada, Anotada y con Resoluciones de la Sala Constitucional*, Ortega Córdoba, Jorge, et al, San José, Costa Rica, Asamblea Legislativa, Investigaciones Jurídicas, Centro para la Democracia, 1996.

Costa Rica, *Ley 6227, Ley General de la Administración Pública* de 2 de mayo de 1978.

Costa Rica, *Ley 7494, Ley de Contratación Administrativa* de 8 de junio de 1995.

Costa Rica, *Ley 7404, Ley de Concesión de Obra Pública* de 12 de mayo de 1994.

Costa Rica, *Ley 7762, Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos* de 22 de mayo de 1998.

Costa Rica, *Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos* de 9 de agosto de 1996.

Costa Rica, *Ley 7051, Ley de Modificación del Presupuesto Para el Ejercicio Fiscal de 1986* de 30 de octubre de 1986.

España, *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España*, Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio del 2000. BOE (Boletín Oficial del Estado) 148/2000 de 21 de junio de 2000.

2. Reglamentos

Costa Rica, Decreto 23878-MOPT, Reglamento a la Ley General de Concesión de Obra Pública de 12 de diciembre de 1994.

Costa Rica, Decreto 27098-MOPT, Reglamento a la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público de 16 de junio de 1998.

Costa Rica, Decreto 25038-H, Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa de 28 de marzo de 1996.

Costa Rica, Decreto 26801-MOPT, *Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios*, Costa Rica de 31 de marzo de 1998.

Costa Rica, Decreto 3118-T, *Reglamento del Consejo Técnico de Aviación Civil*, de 8 de agosto de 1973.

España, *Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de España*, Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre de 2001. BOE (Boletín Oficial del Estado) 257/2001 de 26 de octubre de 2001.

C. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

1. Jurisprudencia Constitucional

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 2050-91.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 2019-92.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 3410-92.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 5985-93.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 2478-94.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 5227-94.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 2319-98.

Costa Rica. *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. Voto 11657.

Francia. Tribunal Constitucional, TC del 8 de enero de 1963, *Société Entreprise Pierrot*, rec. p. 787, citado por Ruiz Ojeda, Alberto y otros, en *La Participación del Sector Privado en la Financiación de infraestructuras y equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España*.

2. Jurisprudencia Administrativa

Costa Rica. Procuraduría General de la República. **Opinión Jurídica** OJ-058-99 del 13 de mayo de 1999.

Costa Rica. Procuraduría General de la República. **Opinión Jurídica OJ-032-2001** del 5 de abril de 2001.

Costa Rica. Procuraduría General de la República. **Opinión Jurídica OJ-120-2001** del 3 de septiembre de 2001.

Costa Rica. Procuraduría General de la República. **Dictamen C-348-2001** del 17 de diciembre de 2001.

Costa Rica. Procuraduría General de la República. **Dictamen C-002-2002** del 7 de enero de 2002

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio DGCA-1450-96** del 4 de noviembre de 1996.

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio 476-97** del 15 de enero de 1997.

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio 1641-97** del 12 de febrero de 1997.

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio 2978-97** del 12 de marzo de 1997.

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio 9010-97** del 24 de julio de 1997

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio 9145-97** del 29 de julio de 1997.

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio DGCA-145-98** del 18 de febrero de 1998.

Costa Rica. Contraloría General de la República. **Oficio DGCA-203-98** del 10 de marzo de 1998

Francia. Consejo del Estado, CE Sect. 28 de marzo de 1984, S.A. *Compagnie générale des eaux*, rec. p. 136.

Francia. Consejo del Estado, CE Sect. 21 de octubre de 1985, *Société des transports automobiles Michel Delattre*, AJDA, 1986, concl. O. Fouque.

Estados Unidos de América. *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia*, Caso *Munn vs. Illinois*, 94 v.s. 113, 126 (1877).

D. EXPEDIENTES LEGISLATIVOS

Acta 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Asamblea Legislativa.

Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley 7329, de 15 de marzo de 1993.

Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley 7404, 6 tomos.

Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, Ley 7762, 22 tomos.

Expediente 14521, Comisión Investigadora Contrato de Gestión Interesada y Antecedentes de 25 de abril de 2002.

E. REVISTAS, DIARIOS Y PERIODICOS

1. Revistas

Revista de Administración Pública de España N° 26, Ensayo “*La Gestión Interesada en el Derecho Administrativo Español*”. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

Revista de la Contraloría General de la República, N° 12. Garrido Falla, Fernando, Ensayo “*Las Concesiones de Ferrocarriles del Atlántico en Costa Rica*”, 1971.

Revista Parlamentaria, Rubén Hernández Valle: “*Reflexiones Sobre Problemas Constitucionales de las Normas Generales*”, volumen I, N° 1, diciembre de 1986,

Revista de Derecho Público, UACA, Gerardo Riba Bazo: “*Doctrina de la Contraloría General de la República Para Rehabilitación y Mantenimiento de un Ferrocarril*”, volumen. I, octubre de 1996.

Revista de Derecho Público, UACA, Héctor Fernández Masís: “*El Contrato de Concesión de Obra Pública*”, Volumen. I, octubre de 1996.

Revista Parlamentaria, Roberto Quirós Coronado et al: “*La Concesión de Obra Pública*”. Volumen 6, N° 2, agosto de 1998.

2. Diarios y Periódicos

a. Al Día

Agüero Rojas, Mercedes. *Vuelo al futuro*. Al Día. (San José, Costa Rica) 18 de noviembre de 2001, p. 4.

Agüero Rojas, Mercedes. *Choque por aeropuerto*. Al Día. (San José, Costa Rica) 7 de julio de 2002, p. 3.

Romero Pérez, Jorge Enrique. *Constitución Política y Bienes Públicos*. Al Día (San José, Costa Rica) 12 de noviembre de 1998.

b. El Financiero

Bermúdez, Kattia., *Dudas y desorden reinan en aeropuerto*. El Financiero (San José, Costa Rica) 22 al 28 de febrero de 1999.

Mishelle, Mitchell. *Política Portuaria al garete*. El Financiero (San José, Costa Rica) 31 de mayo-6 de junio 1999.

Editorial. *Aeropuerto, intereses y Soluciones*. El Financiero (San José, Costa Rica) 19 al 25 de julio de 1999, p.10.

Editorial. *Aeropuerto tiene nuevo administrador*. El Financiero (San José, Costa Rica) 5 al 11 de julio de 1999, p. 9.

Gutiérrez, David. *Concesión de Obra Pública*. El Financiero (San José, Costa Rica) 27 de septiembre – 3 de octubre de 1999, p.12.

Sobrado, Juan José. *Respuesta a Alterra y a Don Mario*, El Financiero (San José, Costa Rica) 19-25 de noviembre de 2001, p.10.

González Ulloa, Rodolfo. *Piden que Aresep fije tarifas aeroportuarias*, El Financiero (San José, Costa Rica) 27 de octubre – 3 de noviembre de 2002) p.31.

c. La Nación

Constenla, Guillermo. *Licitación en el Santamaría*. La Nación (San José, Costa Rica) 15 de julio de 1999.

Cónstenla, Guillermo. *Don Rodolfo y el Aeropuerto* La Nación, (San José, Costa Rica) 15 de septiembre de 1999.

Editorial. *Marañas voluntarias: Licitaciones pueden ser más simples, rápidas y transparentes*. La Nación. San José, Costa Rica. 27 de septiembre de 2002, p. 15.

Fringenblatt, Hazel. *5 empresas tras aeropuerto*. La Nación (San José, Costa Rica) 16 de diciembre de 1998.

Fringenblatt, Hazel. *Apelado proceso del Gestor*. La Nación (San José, Costa Rica) 10 de junio del 1999.

Fringenblatt, Hazel. *Intenso debate sobre Gestor*. La Nación (San José, Costa Rica) 6 de julio de 1999.

Fringenblatt, Hazel. *Diputado Guevara cuestiona Gestión.*, La Nación (San José, Costa Rica) 14 de julio de 1999.

Fringenblatt, Hazel. *Investigaciones contra el gestor*. La Nación (San José, Costa Rica) 30 de abril de 2002, p. 8 A.

Guevara, Otto. *Periodismo a la ligera*. La Nación (San José, Costa Rica) 31 de julio de 1999.

Guevara ,Otto. *Majadería con Aeropuerto*. La Nación (San José, Costa Rica), 26 de agosto de 1999.

Guevara, Otto. *Ceguera Aeronáutica*, La Nación (San José, Costa Rica) 2 de octubre de 1999.

Romero Pérez, Jorge. *Aeropuertos y Contratos*. La Nación (San José, Costa Rica) 21 de octubre de 1998.

Romero Pérez, Jorge. *Licitación para aeropuerto*. La Nación (San José, Costa Rica) 28 de diciembre de 1998.

Mena, Juan., *Obras en el Aeropuerto Juan Santamaría*. La Nación (San José, Costa Rica) 21 de noviembre de 1998.

Mena, Juan. *Gestión Interesada*, La Nación (San José, Costa Rica) 19 de agosto de 1999.

Sobrado, Juan José. *Concesión como dogma de fe*. La Nación (San José, Costa Rica) 6 de mayo de 2002, p.21.

Suplemento Arena. *Pasa algo en el Juan Santamaría?* La Nación (San José, Costa Rica) 1 y 2 de julio de 1999.

d. La República

Canales Reyes, Danny. *Concesiones promueve reforma integral*. La República (San José, Costa Rica) 17 de diciembre de 2002, p.5.

Canales Reyes, Danny. *Aeropuerto de Liberia hacia modernización*. La República. (San José, Costa Rica) 7 de enero de 2003, p. 6.

Editorial, *Más agilidad en concesiones*, La República (San José, Costa Rica) 18 de diciembre de 2002, p.17

Ramírez, Alvaro., *Hilando Fino: Impuestos disfrazados*. La República (San José, Costa Rica) 26 de junio de 2002, p.14.

Romero Pérez, Enrique. *Apelaciones y Aeropuerto*. La República (San José, Costa Rica) 1999.

Rodríguez, Oscar. *Pasajeros pagarán por usar aeropuerto*. La República (San José, Costa Rica) 9 de noviembre de 2001, p.6 A.

Rodríguez, Oscar. *Modernización de Aeropuerto espera orden*. La República (San José, Costa Rica) 21 de noviembre de 2001, p.9 A.

Rodríguez, Oscar. *Turismo será clave en concesión aérea*. La República (San José, Costa Rica) 28 de diciembre de 2001, p.8 A.

Valverde, Diana. *Alterra suspendió obras*. La República (San José, Costa Rica) 15 de marzo de 2002, p.4 A.

Valverde, Diana. *Incertidumbre con obras en aeropuerto*. La República (San José, Costa Rica) 30 de abril de 2002, p.8.

Valverde, Diana. *Aeropuerto con recursos para reiniciar obras*. La República (San José, Costa Rica) 26 de junio de 2002, p.5.

Valverde, Diana. *Más agilidad en concesiones*, La República (San José, Costa Rica) 18 de diciembre de 2002, p.4 A.