

Universidad Latinoamericana de Ciencia & Tecnología

Facultad de Derecho

**Concesión de Obra Pública en Costa Rica, su
Tratamiento Doctrinal y Legislativo**

Tesis de Graduación presentada para optar por el grado de Licenciados en Derecho

Por

Guillermo Sáenz Fuentes – Roberto Morales Delgado

**San José, Costa Rica
2002**

Tribunal de Tesis

Licda. Marianela Núñez Piedra.
Directora de la Carrera de Derecho.

Dra. Aura Ríos Palacios.
Directora de Tesis.

Licda. Ana Isabel Fallas Aguilar.
Lectora.

Lic. Carlos Rodríguez Bermúdez.
Lector.

DEDICATORIA

A mi amada familia,

quien me apoya y estimula en todo momento.

A ella le ofrendo hoy, la conclusión de mis estudios y mi futuro
ejercicio profesional.

Guillermo Sáenz Fuentes

Agradecimientos

En primer termino, quiero expresar mi gratitud a Dios por ser mi guía y mi razón de vivir. Luego a mis amados padres, mi querida hermana, por su apoyo y comprensión.

También a la Dra. Aura Ríos Palacios, por todos sus consejos y amistad, y por enseñarme las fronteras de esta ciencia.

Por último a todas las personas que me alentaron y ayudaron, a hacer posible realizar el presente trabajo.

Guillermo Sáenz Fuentes

DEDICATORIA

Rindo tributo a mis padres,
quienes han estado conmigo durante toda mi vida,
quienes han sabido aceptar mis errores
con la misma sabiduría que han aceptado mis triunfos.
Son estas dos personas, los verdaderos artífices de esta culminación
profesional.

Igualmente, rindo tributo a Dios, porque sin
El nada hubiera sido posible.

Roberto Morales Delgado

Agradecimientos

Agradezco a Dios, a mi familia
y a todas las personas especiales que estuvieron
conmigo incondicionalmente tanto en los momentos difíciles como en
aquellos en que el camino fue llano.

Agradezco de forma especial a mis padres, quienes con su formación
familiar y espiritual, sembraron la semilla que germino y me permitió
lograr concluir con éxito este proyecto de vida.

Por último, reitero mi más sincero tributo a la Divina Providencia,
porque cuando más oscuro se torno el camino más brilló su luz,
constituyéndose su presencia la piedra angular de mi vida.

Roberto Morales Delgado

CONTENIDO

| | |
|---|----------|
| EXPOSICION SUMARIA | 1 |
| INTRODUCCION..... | 1 |
| TITULO PRIMERO: NOCIONES GENERALES..... | 1 |
| CAPITULO PRIMERO: LA CONCESIÓN..... | 1 |
| SECCIÓN PRIMERA: CONCEPTO Y NATURALEZA..... | 1 |
| <i>A. Concepto:</i> | 1 |
| <i>B. Naturaleza:</i> | 3 |
| SECCIÓN SEGUNDA: CARACTERÍSTICAS | 8 |
| <i>A. Contrato administrativo Sinalagmático y Conmutativo:</i> | 8 |
| <i>B. Sujetos:</i> | 8 |
| <i>C. Posición de la Administración:</i> | 10 |
| <i>D. Intuito Personae:</i> | 10 |
| <i>E. Delegación:</i> | 11 |
| <i>F. Efectos respecto de terceros:</i> | 11 |
| <i>G. Procedimiento:</i> | 11 |
| <i>H. Terminación del Contrato:</i> | 12 |
| <i>I. Finalidad:</i> | 12 |
| <i>J. Temporalidad:</i> | 14 |
| <i>K. Poder de Vigilancia y Control de la Administración:</i> | 14 |
| <i>L. Oneroso:</i> | 14 |
| SECCIÓN TERCERA: PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONCESIÓN..... | 14 |
| CAPITULO SEGUNDO: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA | 1 |
| SECCIÓN PRIMERA: LA OBRA PÚBLICA, SU TRATAMIENTO DOCTRINAL | 2 |
| <i>A. La Noción de Obra Pública:</i> | 3 |
| <i>B. Elementos:</i> | 4 |
| <i>C. Modos de Ejecución de las Obras Públicas:</i> | 7 |
| SECCIÓN SEGUNDA: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA EN LA DOCTRINA | 8 |
| SECCIÓN TERCERA: CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA..... | 13 |
| <i>A. Naturaleza</i> | 13 |
| <i>B. Elemento Subjetivo</i> | 14 |
| <i>C. Elemento Objetivo</i> | 15 |
| <i>D. Temporalidad</i> | 16 |
| <i>E. Derechos y Obligaciones de las Partes</i> | 17 |
| <i>F. Régimen de Responsabilidad</i> | 25 |
| <i>G. Régimen Económico-Financiero</i> | 27 |
| <i>H. Aspectos Jurídicos Especiales</i> | 28 |
| SECCIÓN CUARTA: PARTICULARIDADES SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA | 44 |
| <i>A. Finalidad:</i> | 44 |
| <i>B. Concepto:</i> | 47 |
| <i>C. Diferencia con Otras Figuras:</i> | 48 |

| | |
|--|-----------|
| TITULO SEGUNDO: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA Y SU EVOLUCION JURÍDICA EN EL PAIS | 1 |
| CAPITULO PRIMERO: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA EN COSTA RICA | 1 |
| SECCIÓN PRIMERA: EL SISTEMA DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN COSTA RICA | 1 |
| SECCIÓN SEGUNDA: EVOLUCIÓN JURÍDICA | 5 |
| SECCIÓN TERCERA: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA EN LA PRACTICA NACIONAL (CASO MARHNOS)..... | 11 |
| CAPITULO SEGUNDO: DISCUSIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA LEY GENERAL DE CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA CON SERVICIOS PUBLICOS..... | 1 |
| SECCIÓN PRIMERA: LA LEY GENERAL DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA | 3 |
| <i>A. La discusión del proyecto.....</i> | <i>5</i> |
| <i>B. El Funcionamiento de la Ley.....</i> | <i>18</i> |
| SECCIÓN SEGUNDA: LA LEY GENERAL DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS CON SERVICIOS PÚBLICOS.... | 19 |
| <i>A. La discusión del proyecto de ley de reforma.....</i> | <i>20</i> |
| <i>B. El funcionamiento de la nueva ley</i> | <i>36</i> |
| CONCLUSIONES..... | 1 |
| RECOMENDACIONES..... | 1 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 1 |
| ANEXOS | 1 |

EXPOSICION SUMARIA

El Trabajo Final de Graduación titulado “Concesión de Obra Pública en Costa Rica, su Tratamiento Doctrinal y Legislativo” tiene por objetivo general estudiar la figura de la concesión de obra pública a la luz de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Publico.

El estudio referido, se ejecuta por medio de una investigación descriptiva la cual ha sido tratada mediante el método deductivo, el cual nos ha permitido extraer los elementos básicos de la figura de la concesión, las principales características esenciales de la concesión de obra pública, y de esta forma, contraponerla y en ultima instancia particularizarla con relación a otras figuras que se le asemejan, como lo es el contrato de obra pública, la concesión de servicios públicos y la gestión interesada.

La presente investigación, permite concluir que el estado de la infraestructura en Costa Rica no es el idóneo para satisfacer las necesidades actuales, las carreteras se encuentran en parte considerable en mal estado, los aeropuertos y puertos, a pesar de los esfuerzos que realiza el Estado todavía no reúnen la capacidad que satisfaga la demanda actual del país. No existe un sistema ferroviario activo que cuente con los adelantos tecnológicos que los hagan eficiente y eficaz.

Los Hospitales y las Cárceles, se encuentran carentes de la infraestructura necesaria para garantizar sus propósitos. En conclusión, es de primera necesidad para el Estado Costarricense superar esta situación, para así mejorar el nivel de desarrollo en general, lo que le permitirá al país desempeñarse adecuadamente en el nuevo siglo que recién inicia.

La normativa jurídica nacional y particularmente la Ley General de Concesión de Obra Pública, es presentada por la Administración como la respuesta al problema infraestructural que afronta el país. Sobre este aspecto es importante valorar que por el momento las empresas costarricenses no cuentan con la capacidad patrimonial y técnica para asumir proyectos de concesión de obras publicas de gran envergadura, porque éstas se ven en la imperiosa necesidad de aliarse con empresas extranjeras que sí cuentan con la capacidad requerida.

El procedimiento regulado por la ley, es llevado a la práctica por primera vez, con la concesión para construir la carretera San José – Orotina, no obstante, a la fecha existen múltiples proyectos en estudio por parte de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, esperando que este Instituto, adquiera dentro de pocos años, un papel protagónico en el desarrollo de la infraestructura nacional.

INTRODUCCION

La concesión se manifestó en la Edad Media en forma rudimentaria; fue un mecanismo que usaron las comunas de las incipientes ciudades europeas para satisfacer ciertas necesidades de los ciudadanos.

La historia del derecho recoge un sin número de casos de concesiones a particulares para construir canales, atracadores, puentes carreteros y peatonales, calzadas y hasta distribución de los artículos de primera necesidad y más adelante muelles y bolsas de valores y de productos agropecuarios, en ciudades que pertenecen hoy a países como: Francia, España, Italia, Bélgica, Holanda y Alemania, para citar algunos, mediante estipendios pagados por los usuarios.

A la inspiración de los grandes pensadores del siglo XVIII, precursores de la Revolución Francesa, y singularmente a Charles Montesquieu, pero sin olvidar a Francis Voltaire y Juan Jacobo Rosseau en Francia y a Joan Locke en Inglaterra, debemos la organización del Estado moderno y los fundamentos de la democracia a partir de las ideas de los filósofos de la antigüedad.

Del Espíritu de las Leyes de Montesquieu, surge la división de los poderes del Estado, como sistema de frenos y contrapesos, conformado por órganos independientes encargados de promulgar, ejecutar y aplicar las leyes.

Esto ha llevado a la doctrina publicista del derecho y al pensamiento político moderno, desde el siglo pasado hasta nuestros días, a preguntarse: ¿Cuáles son las funciones del Estado?, ¿Cuáles son los servicios públicos que éste debe prestar y cuáles son lo deberes y derechos del ciudadano frente a tales planteamientos?.

La Revolución Industrial del siglo XVIII hasta mediados del XIX, originó la gran empresa privada. La invención de la máquina de vapor – entre muchos otros de sus avances para la humanidad – produjo la locomotora, el ferrocarril, que acortó distancias y abrió el transporte.

En casi todos los países del globo, se realizaron gigantescas obras, esfuerzos épicos para abrir trochas y tender rieles. Junto a los buques y las locomotoras de vapor, vinieron los grandes sistemas portuarios y se abrió el comercio mundial en gran escala.

En los municipios del Medioevo, para la construcción de puertos y ferrocarriles, se presenta la Concesión, como una respuesta – lejos, claro está, de todo dogmatismo – a dos realidades siempre vigentes:

- La existencia de una necesidad general.
- La imposibilidad de satisfacerla por el poder público.

He aquí los alcances de la Concesión, en otras palabras, la importancia de este Instituto Jurídico en el desarrollo económico de las naciones y la prestación de los servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos.

El crecimiento de la empresa privada en la explotación de recursos naturales (petróleo, gas, minas, etc.), y en la producción de bienes, en muchos casos en condición de monopolio de hecho, llevó a Europa a un cierto movimiento nacionalizador entre las dos guerras mundiales.

En Inglaterra, se nacionalizaron la aviación comercial y la radiodifusión y en Francia, la aviación comercial y la fabricación de material aeronáutico, en ambos países con reconocimiento de las respectivas indemnizaciones. Después de la Segunda Guerra Mundial, la nacionalización dejó de ser un fenómeno excepcional.

La Constitución Francesa del 27 de octubre de 1946 decía en su preámbulo:

“Todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiera caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad”.

El movimiento nacionalizador se fortaleció y llegaron a manos del Estado francés las fábricas Renault, toda la producción de carbón, unas 2500 empresas de electricidad y gas, el Banco de Francia y el de Argelia, y otros cuatro grandes bancos de depósito, así como las cuarenta mayores sociedades de seguros.

En Inglaterra, a partir de 1945, la política de nacionalizaciones afectó a las industrias de combustibles, producción de energía, transportes, producción de hierro y acero, desarrollo económico de las colonias e importación y venta de algodón en bruto, al igual que el Banco de Inglaterra.

En Italia, en la década de los años sesenta, el gobierno llegó a controlar alrededor del 50% de todas las empresas productivas, especialmente las de navegación, hierro, acero y minerales e hidrocarburos.¹

En los países en desarrollo, con escasa capitalización, la construcción de obras públicas se realizó, a finales del siglo pasado y principios del presente, mediante concesiones otorgadas a empresas extranjeras, en condiciones francamente perjudiciales a sus intereses nacionales. Son bien conocidos los casos de los ferrocarriles de Perú, Argentina, Panamá y Costa Rica, para citar sólo algunos.

¹ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*. (Madrid, España, 1964)

Siempre sobre esta misma línea, es importante señalar que la infraestructura de un país es considerada mundialmente uno de los indicadores de desarrollo del mismo, distintivo que en nuestro medio no ha adquirido las condiciones que se requieren para lograr un amplio desarrollo.

La deficiencia e insuficiencia de la infraestructura en nuestro país, se acentúan actualmente y constituyen un factor que limita el desarrollo nacional; ejemplos claros de esta situación, resultan ser entre otros: la insuficiencia de un sistema de carreteras y autopistas que satisfagan las necesidades reales del país; los aeropuertos y puertos no cuentan con la edificación que se requiere para hacer del país una plataforma atractiva a la inversión extranjera, por último puede citarse que la infraestructura penitenciaria y hospitalaria ya no satisface los requerimientos de un país que, día a día, aumenta en forma considerable su población y por consiguiente todas sus necesidades de crecimiento.

Dentro de las causas medulares que originan la situación descrita en el epígrafe anterior, puede valorarse la impotencia técnica y económica del Estado y la adopción de nuevas tendencias neoliberalistas que han debilitado el Estado Social de Derecho.

Ante la incapacidad técnica y económica del Estado Costarricense, para costear con recursos propios las obras de infraestructura requeridas para satisfacer nuestras necesidades de desarrollo; el legislador nacional se ha visto en la obligación de implementar cuerpos jurídicos, que proporcionen las previsiones legales necesarias para aminorar las consecuencias de la indicada incapacidad.

Por otra parte, al adoptarse tendencias neoliberalistas que han generado la pérdida de fuerza del Estado Social de Derecho, como Estado prestatario de servicios públicos y gestor de actividades económicas y la entrada del Estado

Neoliberal; que delega en los ciudadanos muchas de las funciones que antes se consideraban estatales, el gobierno centra su atención en los indicadores puramente económicos del país, relegando aquellos con contenido social como lo es la infraestructura.

Las variables citadas, ponen de manifiesto el requerimiento de implementar un sistema que permita mejorar la situación de la infraestructura nacional. En atención a la referida necesidad, el congresista nacional ha desarrollado en el ordenamiento jurídico costarricense, la figura del Contrato de Concesión de Obra Pública, como un TRATADO que permite a cualquier administrado financiar, proyectar, construir y dar mantenimiento a obras públicas; y para recuperar su inversión, por medio del cobro de una prestación pecuniaria periódica que grava la concesión, la cual debe ser asumida por los usuarios de la obra.

El referido Instituto no tuvo una regulación especial hasta el año mil novecientos noventa y cuatro; antes de esta fecha, sólo existían lineamientos jurídicos de rango constitucional, algunos de base legal y reglamentaria que hacían referencia a este tipo de contrato, pero no daban un tratamiento integral.

Las normas jurídicas que conforman los indicados lineamientos constitucionales, están dadas por los artículos 121 inciso 14, 140 inciso 19 y artículo 182 de la Carta Magna, por consecuencia establecen la base jurídico normativo, utilizada por el legislador, para mejorar la legislación especial sobre la Concesión de Obra Pública.

La norma primeramente citada, se refiere a los bienes dominicales o demaniales que pueden ser explotados por la Administración Pública y los particulares mediante la figura de la Concesión. Determinando la norma mencionada, que los aeropuertos internacionales, muelles y ferrocarriles no pueden salir bajo ninguna forma del dominio y control del Estado.

En segunda instancia, para referirnos al artículo 140 inciso 19, debemos concluir, que el Poder Ejecutivo se reserva la aprobación por parte de la Asamblea Legislativa de todo contrato administrativo, que tenga por objeto la explotación de servicios públicos. En relación con la norma 182 constitucional, la misma instituye en forma obligatoria el proceso de licitación, para aquellos contratos de ejecución de obras públicas.

La ley de la Administración Financiera de la República, N° 1279 del 2 de mayo de 1951 y sus reformas, junto con el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa N° 7576 – H del 23 de septiembre de 1977, publicado en el Alcance N° 153 a “La Gaceta” N° 202 del 26 de octubre de 1977, regulaban en algunos de sus artículos y de forma somera, la figura de la Concesión de Obra Pública como tal.

Por la deficiencia normativa de los referidos cuerpos legales, en el año mil novecientos noventa y uno, el Poder Ejecutivo, gestiona vía decreto la modificación de los artículos 194 y 195 del Reglamento antes citado, normas que obligaban a la Administración Pública a recurrir a la promulgación de una ley especial para cada una de las concesiones de obra pública, en las que estuviera interesada, motivo por el cual, la Contraloría General de la República, se opone a esta practica aduciendo que la reforma debía ser efectuada por el legislador, compeliendo al Poder Ejecutivo, a presentar ante el Poder Legislativo un proyecto para la creación de una Ley de Concesión de Obra Pública.

Posteriormente, ya en mil novecientos noventa y cuatro (1994), la Asamblea Legislativa promulga la Ley General de Concesión de Obra Pública, la cual es sustituida pocos años después, por la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, número 7762 del 02 de abril de 1998, publicada en la Gaceta No 98 del 22 de mayo del año citado, cuerpo legal que se concibe para adecuar el procedimiento de concesión de obra pública a los principios de publicidad, eficiencia, igualdad y libre competencia, desarrollados en la Ley de la

Contratación Administrativa y su reglamento y la Jurisprudencia Constitucional, tratando al mismo tiempo, de subsanar los errores de su predecesora y de esta manera lograr la eficiencia, que la anterior no había alcanzado y que había llevado a su inaplicación.

La ley vigente, incorpora numerosas modificaciones en el régimen de concesión de obra pública, siendo una de las más importantes innovaciones su artículo 2°, del que pareciera deducirse la intención del legislador, de limitar los llamados tipos abiertos de contratación administrativa, por lo que se manejará como hipótesis de este trabajo final de graduación, la idea de que sí bien la Ley de la Contratación Administrativa le otorga al Estado la facultad de utilizar tipos abiertos de contratación, esta libertad se encuentra limitada por la Constitución Política y ahora por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, en lo que se refiere a la contratación de aeropuertos internacionales, ferrocarriles, líneas ferroviarias y muelles.

El análisis expuesto, como se ha indicado, se realizará mediante una investigación descriptiva en la cual se utiliza el método deductivo, el cual nos ha permitido extraer los elementos básicos de la figura de la Concesión, su tratamiento en la realidad nacional, las características esenciales de la Concesión de Obra Pública y de esta forma diferenciarla de otras figuras que se le asemejan, como el contrato de obra pública, la concesión de servicios públicos y la gestión interesada.

El objetivo de la investigación consiste en definir integralmente el tema de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público, a la luz de la legislación general de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos (ley #7762), y su reglamento, y la determinación de sus principales características.

Todo esto con el fin de conocer el citado Instituto, sus implicaciones, su etapa procesal o de perfeccionamiento y a partir de esta construcción, aplicar

aquellos instrumentos y oportunidades procesales existentes para su desarrollo, por parte del Estado y para los administrados.

Se plantea la investigación de las particularidades de la Concesión en Costa Rica, aplicando criterios desarrollados por la doctrina a fin de establecer las similitudes y diferencias de los distintos tipos de concesión previstos en la nueva legislación, lo cual se pretende lograr mediante una exposición clara y sintética del tema.

Así, nuestro objetivo general radica en estudiar la figura de la Concesión de Obra Pública a la luz de la nueva Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, instruida a partir de la doctrina nacional e internacional y jurisprudencia existente, al igual que la efectividad que ha tenido en nuestro medio.

Con el presente estudio se persiguen los objetivos específicos que en la continuación se exponen:

- 1) Conceptualizar de manera clara en que consiste la Concesión de Obra Pública.
- 2) Valorar la importancia, que puede tener para el país la Concesión de Obra Pública.
- 3) Lograr una visión desarrollada, del ordenamiento jurídico administrativo costarricense, en materia de Concesión de Obra Pública.
- 4) Pormenorizar los principios y los requisitos fundamentales de la Concesión de Obra Pública, así como los mecanismos de impugnación del acto de adjudicación, establecidos en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

- 5) Establecer los principios generales que se aplican en materia de Concesión de Obra Pública.
- 6) Valorar la aplicación práctica en nuestro país de la Concesión de Obra Pública, conforme las previsiones de la legislación vigente.
- 7) Conceptuar los sujetos y las diversas obligaciones que integran la relación jurídica contractual administrativa de la Concesión.
- 8) Recopilar cuales son los derechos y obligaciones de todas las partes que participan en el proceso de Concesión.
- 9) Analizar la responsabilidad que adquiere el Estado a través de sus entes y órganos e incluso de sus servidores, como consecuencia del particular régimen legal en estudio. Trataremos el tema de la responsabilidad administrativa y su relación jurídica respecto de los daños y perjuicios que provoque la actuación legítima o ilegítima del Estado, vigilando ante todo el resguardo de los derechos fundamentales de los administrados.

Este trabajo final de graduación lleva por título “Concesión de Obra Pública en Costa Rica, su Tratamiento doctrinario y Legislativo”, y se divide en dos Títulos: En el primero, se analizan dos capítulos independientes: A) La Concesión y B) La Concesión de Obra Pública. En un segundo título analizaremos: A) La Concesión de Obra Pública en Costa Rica y B) La Discusión y Funcionamiento de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

Al concluir esta investigación, se demuestra que la actual Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, además de superar los defectos que hicieron inoperante a su predecesora, constituye el medio idóneo

para que, aun a paso lento, nuestro país pueda superar el déficit infraestructural y así lograr el nivel de desarrollo que el nuevo siglo le impone.

TITULO PRIMERO: NOCIONES GENERALES

La Concesión de Obra Pública, es una de las manifestaciones del contrato administrativo de concesión, obligación que se presenta como la principal forma de gestión indirecta de servicios públicos, brindados mediante la Infraestructura Pública, realizada por terceros, independientes del Estado.

En virtud de la importancia que esta institución posee, así como del interés que provoca, en esta primera parte se estudiará la noción general de concesión, estudio que resulta indispensable para comprender el alcance de la figura de la Concesión de Obra Pública, concepto que será desarrollado más adelante.

CAPITULO PRIMERO: LA CONCESIÓN

A lo largo de los años, el Contrato de Concesión, ha cumplido como uno de los instrumentos de los que hace uso la Administración para desempeñarse con las funciones que le son encomendadas y que, por una insuficiencia económica o técnica, no se le hace posible realizar de forma directa, satisfaciendo entonces el interés público de manera indirecta, mediante la colaboración de particulares llamados concesionarios, que efectúan la actividad concesionada en nombre de ésta.

Sección Primera: Concepto y Naturaleza

A. Concepto:

En virtud de la importancia que ésta institución posee, así como del interés que provoca a los tratadistas, se podrían citar muchas definiciones o conceptos de concesión que variarían según la visión o la naturaleza con la que se considere, para ser concretos, nos limitaremos a exponer que parte importante de la doctrina ha definido la Concesión de Obra Pública como, el acto por el cual, la Administración en virtud de ciertas potestades legales, le confiere a un particular una serie de atribuciones que antes no tenía.

La doctrina señala el caso de las concesiones traslativas, en las cuales el derecho para el concesionario nace del traspaso de poderes propios del concedente. En la concesión de obra pública, se da la intervención directa del concesionario en la explotación de la obra pública, a través de la cual obtiene la remuneración por su trabajo. Contiene en sí mismo dos partes esenciales o momentos:

- 1) El primero, es la construcción de la obra.

2) Y el segundo, es la explotación de ella propiamente.

Podríamos decir entonces, que es el acto jurídico unilateral por el cual el Estado confiere a un particular la potestad de explotar a su nombre un servicio o bien público, que le pertenece a aquél, satisfaciendo necesidades de interés general.

Por otra parte, es la misma Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, la cual dispone en su artículo 1°, inciso 2 apartado B) sobre la Concesión de Obra Pública lo siguiente:

“Concesión de Obra Pública: Contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el funcionamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente”.

Por su parte la derogada Ley de Concesión de Obra Pública, en su artículo 1 definía a la Concesión de Obra Publica, como:

“...La Concesión de Obra Pública es el instituto jurídico de derecho público mediante el cual es Estado encarga a una persona la ejecución de una obra y le transmite, temporalmente, los poderes jurídicos necesarios para que la explote, por medio del pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios, con autorización, control y

vigilancia de la administración, pero por cuenta y riesgo del concesionario...”

En síntesis, la noción de concesión es bastante unívoca y se traduce en la delegación gubernativa a favor de los particulares (empresas o personas físicas), bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, o bien para construir o explotar obras públicas o para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la Administración general. Podemos decir, que es el acto para encomendar a los particulares la prestación de determinados servicios o permitirles el uso de los bienes públicos, cuando se interesen en ello y cuenten con las cualidades idóneas para hacerlo. Esto sucede por la gran cantidad de tareas que el Estado tiene atribuidas para lograr sus fines, y que es imposible cumplir de manera directa. Al administrado, le interesan esas labores por el significado económico que puede representar o por la utilidad que implica el uso de cierto bien, y en virtud de que el poder público no puede abarcar toda la actividad de ese tipo en forma directa, surge la concesión como figura jurídica, que le permite al particular desempeñar actividades que le son propias al Estado, porque persiguen la satisfacción de necesidades generales. En el caso de la concesión, se pretende alcanzar de manera indirecta el interés general.

B. Naturaleza:

Hoy sigue siendo objeto de controversia la naturaleza jurídica de la concesión. De las teorías expuestas sobre este particular, las más representativas son:

- 1) La concesión como acto jurídico unilateral.
- 2) La concesión como contrato administrativo.
- 3) La concesión como situación mixta.
- 4) Contrato de derecho privado.

Interesa recalcar que el carácter contractual de esta figura es ampliamente aceptado por la doctrina y los diferentes ordenamientos jurídicos, incluido el ordenamiento jurídico costarricense, consideración que es compartida en esta obra, razón por la cual la descripción de las otras dos posiciones, se realizará con fines meramente informativos.

1. Teoría del acto unilateral Jurídico²

Esta teoría defiende la idea de que toda actuación en la que participa la Administración Pública va a ser siempre un acto unilateral, por ende, al ser la concesión un acto en el cual ésta participa, será considerado también un acto unilateral.

2. Teoría del contrato administrativo

Debido a la gran cantidad y diversidad de opiniones sobre contratos administrativos, fundamentalmente es su requisito que se establezcan las obligaciones generales entre la Administración Concedente y los concesionarios, recurriendo a concertar determinados pactos para producir, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones³.

3. Teoría de la situación mixta o acto mixto o complejo

Quienes sostienen esta teoría, consideran que la concesión se caracteriza por contar con una naturaleza mixta, se trata de “una convención – contrato y una convención – ley, o en otros términos, comprende dos categorías de cláusulas diferentes, cláusulas contractuales y cláusulas reglamentarias”.⁴

² CANASSI (José). Op.Cit., página 436

³ Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y su Reglamento.

⁴ DUGUIT citado por CANASSI (José). Op. Cit., página 556.

Las cláusulas reglamentarias disponen sobre la forma en que se prestará el servicio, mientras que las cláusulas contractuales se refieren a los derechos y obligaciones que se imponen las partes entre sí.

Las primeras pueden ser modificadas unilateralmente por la Administración, las segundas no. Podemos decir entonces, que esta teoría sostiene que la concesión comparte elementos tanto del acto administrativo unilateral, como del contrato.

La inconsistencia de esta teoría, radica en que una persona física o moral, no se puede colocar en dos posiciones, una de derecho público y otra de derecho privado, dentro de un mismo acto.

4. Teoría Contractual

Es la teoría dominante a nivel doctrinal y dispone a la concesión como un contrato de los llamados administrativos, los cuales se caracterizan por celebrarse entre la Administración Pública, actuando como poder público y una persona física o jurídica, de derecho público o privado, que se encontrará subordinada a ésta, en virtud del interés o necesidad colectiva que motiva su celebración, “(... para Bielsa 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 pública⁵. Para Marrienhoff 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 órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer necesidades públicas⁶.

⁵ *Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial la Ley, tomo II, 1964, página 171*

⁶ *MARIENHOFF (Miguel), Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Aboledo Perrot, Volumen II, Tomo III, 1966, página 34.*

Escola por su parte, afirma que los contratos administrativos son aquellos celebrados por la Administración Pública con una finalidad de interés público, y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado o que coloquen al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto de ésta. JEZE⁷ sostiene, que es el contrato administrativo el que celebra la Administración para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, acuerdo mediante el cual las partes aceptan someterse a un régimen jurídico exorbitante del derecho civil o sea al régimen del derecho público. JEZE (Gastón), citado por Bercaitz⁸.

En nuestro país la Ley de Contratación Administrativa parece enunciar un criterio orgánico del contrato administrativo, al afirmar en su artículo 1 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, utilizan un criterio financiero al decir, que también, será cubierto por esa normativa, y por ende considerado Contrato Administrativo, toda actividad contractual en la que se utilicen total o parcialmente recursos públicos; también, encontramos en ese cuerpo normativo un criterio finalista, cuando en el artículo 3° se autoriza a la Administración Pública, utilizar cualquier figura contractual siempre y cuando lo justifique la satisfacción de un fin público, este o no regulado en ese cuerpo normativo, criterio que es reafirmado por el artículo 55 de esa misma ley que establece los tipos abiertos en contratación administrativa costarricense. (Ley de la Contratación Administrativa (7494) del 18 de junio de 1995, arts1, 3, 55...)"

Así el tratadista Marienhoff afirma:

⁷ (Héctor). Op. Cit., página 127. Jeze

⁸ (Miguel Angel), Op. Cit.. Página 245

“La concesión de servicio público es pues un contrato administrativo en razón de su objeto de la especie llamada de colaboración”⁹.

Lo anterior, implica que la Administración y en particular, el concesionario “aparece de este modo como colaboradores comprometidos en la consecución de un mismo fin, más que como antagonistas en una pura relación de intercambio.”¹⁰

Esta es una corriente mayoritaria dentro de la doctrina que como se expuso, sostiene que la concesión es un contrato, pero en el cual se hace valer una posición privilegiada de la Administración Pública frente al particular.

No obstante, como cosecha propia consideramos, que esta doctrina no logra explicar la gran discrecionalidad que tiene la autoridad para decidir sobre las condiciones y el titular de la concesión; tampoco explica la especial naturaleza del objeto de la propia concesión.

5. Contrato de derecho privado

Se presupone un acuerdo de voluntades entre el Estado y el particular concesionario; por tanto, estamos en presencia de un contrato puro y simple, regido por normas del derecho privado.

Obviamente, gracias al desarrollo del derecho administrativo, ésta tesis está prácticamente abandonada, aún cuando conserva algunos seguidores.

⁹ MARRIENHOFF citado por JARA VELÁSQUEZ (Rosibel) y otro. **Op. Cit.**, página 43.

¹⁰ GARCÍA ENTERRÍA (Eduardo). **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid, Editorial Civitas, Tomo I, 1986, página 668.

Sección Segunda: Características

Por tratarse la concesión de un contrato administrativo, la concesión presenta sus características, pero además, cuenta con otras que lo distinguen de las demás formas de contratación administrativa existentes.

A. Contrato administrativo Sinalagmático y Conmutativo:

La concesión es un contrato administrativo y como tal es sinalagmático, ya que entre las partes contratantes existen obligaciones recíprocas. También es conmutativo porque las prestaciones que debe cumplir el concedente y el concesionario son ciertas y equivalentes, o por lo menos debería ser así¹¹.

Es un contrato administrativo, en el cual se hace valer una posición privilegiada de la administración pública frente al particular.

B. Sujetos:

Los elementos personales de la concesión son: el concedente(órgano estatal), el concesionario (particular), y el usuario.

Iniciaremos por tratar a la Administración como elemento subjetivo del contrato de concesión, puesto que su participación es la que le imprimirá el carácter de contrato administrativo.

El Concedente, es la autoridad competente que otorga la concesión al administrado, el cual selecciona (la mayoría de las veces) entre varios oferentes y después de considerar una serie de valores, que le permiten emitir su criterio de

¹¹ CANASSI (José). **Op Cit.**, página 571.

decisión. El concedente puede ser, dentro de su respectivo ámbito de competencia, cualquier ente de la Administración siempre y cuando los bienes o servicios en cuestión sean de carácter público y no exista imposibilidad legal para permitir su concesión.

Ahora, nos referiremos al Concesionario, que es la persona física o moral a quien se le otorga la concesión. Sus actos, aún los referidos estrictamente a bienes o servicios públicos, no pueden considerarse como función pública ni su personal calificado de servidores públicos.

El concesionario de la administración, podrá ser una persona privada física o jurídica, nacional o extranjera y también personas públicas.

Además, los sujetos que participan del contrato administrativo, deberán contar con dos requisitos, los cuales son:

- a) Capacidad jurídica cuando se trate de personas físicas o jurídicas.
- b) Competencia para el caso de los entes administrativos.

Considerando que se entiende por capacidad jurídica el ser mayor de edad y contar con capacidad cognoscitiva y volitiva suficiente para celebrar dicho acto, deberán ser capaces tanto el co - contratante de la Administración, como el funcionario público que celebre el contrato en nombre de ésta. El órgano o ente administrativo que funja como parte en el contrato, deberá ser competente para hacerlo, lo anterior en virtud del principio de legalidad que obliga a la Administración someter su actividad a lo que el derecho administrativo disponga, por lo que todo órgano que pretenda celebrar un contrato en nombre de la administración, deberá estar autorizado para tal efecto por una ley o reglamento.

Por ultimo, hemos de referirnos al Usuario, que es la persona física o moral cuyos requerimientos de prestaciones habrá de satisfacer el concesionario; entra en relación con el concesionario y, solo de manera excepcional, con la Administración concedente.

Desde luego, estos elementos personales se refieren a la concesión en el derecho administrativo. Está misma terminología se utiliza en el derecho privado, para referirse a sucursales o agencias de empresas, así como distribuidores de determinados bienes o servicios (venta de automóviles por ejemplo).

C. Posición de la Administración:

La administración se encontrará siempre en una posición de supremacía frente a su co - contratante. En virtud de lo anterior, la Administración tiene la posibilidad de modificar, rescindir y revocar unilateralmente el contrato, cuando el interés público así lo demande, sin que ello constituya una falta contractual. El co - contratante no podrá oponer dichas modificaciones como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones, puesto que se le da una prioridad al interés público sobre el privado, pero tiene derecho a una indemnización y si la modificación hace demasiado gravosa su situación, incluso se podría pedir la rescisión contractual en su favor¹².

D. Intuitio Personae:

La relación que se da entre la Administración y el co - contratante es “intuitio personae”; es decir, el ente concedente escoge al concesionario en virtud de su condición técnica, económica y profesional, por lo que, aparte de que en el

¹² La Ley de la Contratación Administrativa en sus Artículos 10 al 12, establece claramente la superioridad de la Administración Pública frente a su co - contratante, quien estará sujeto a la normativa administrativa, y deberá respetar el derecho de la Administración de rescindir y modificar unilateralmente el contrato. **Lev de la Contratación Administrativa**, Op Cit., artículos 10-12

contrato se estipule lo contrario, la cesión y subcontratación se encuentran vedadas.

E. Delegación:

La administración le delega a su co - contratante funciones que le son propias, por lo tanto éste “obra como si fuera un órgano del Estado y no puede desatender el interés colectivo que la motiva”, por lo que debe velar por el correcto funcionamiento y continuidad del servicio que se le encomendó. Se produce una rescisión entre la titularidad y la explotación de los poderes y derechos, ya que el concedente mantiene la titularidad sobre éstos, pero transfiere provisionalmente al concesionario el derecho de aprovecharse de los mismos.

La potestad de regular y vigilar el servicio público es inalienable, aún cuando el servicio sea gestionado por un concesionario, por lo que la Administración únicamente podrá delegar la ejecución material de la prestación, quedando su organización a cargo de la Administración.

F. Efectos respecto de terceros:

En ciertos casos, terceros ajenos a la relación contractual, llamados usuarios del servicio, se ven afectados por este tipo de contratos administrativos; por ejemplo: La obligación que se le impone de pagar una tarifa, para disfrutar del servicio que el co - contratante de la Administración presta.

G. Procedimiento:

La administración puede utilizar distintos procedimientos estipulados y regulados en la ley: remate, concurso, contratación directa, licitación privada y licitación pública; en la Ley de la Contratación Administrativa, en los artículos 41 al 54, se regulan los distintos procedimientos de contratación aplicables en Costa

Rica, los cuales podemos enumerar de la siguiente manera: a-) Licitación Pública. b-) Licitación por Registro. c-) Licitación Restringida. d-) Licitación por Financiamiento. e-) Remate. Es esta última figura, la que se aplica como regla, siendo el resto de ellas aplicadas como excepción.

“La licitación pública es un procedimiento que comienza con la confección del pliego de condiciones que se elabora en las oficinas técnicas- administrativas y termina jurídicamente con la adjudicación a la oferta más conveniente”.¹³

H. Terminación del Contrato:

Este tipo de contratos tiene formas especiales de terminación, las cuales se han clasificado en normales y anormales. Las primeras son: la expiración del plazo y el cumplimiento del objeto del contrato. Y las formas anormales de terminación del contrato son la rescisión, rescate, muerte o quiebra del contratista y caducidad.

I. Finalidad:

Todo contrato de concesión tiene por finalidad la satisfacción de un interés o necesidad colectiva, por ende será el objeto y no la finalidad de cada uno de ellos lo que marque la diferencia entre cada uno de los tipos de concesión existentes, a saber: la concesión de obra pública, la concesión de servicio público y la concesión de uso.

¹³ CANASSI (José). **Op. Cit.**, página 522

La concesión de obra pública, tiene por objeto la ejecución de una obra pública, mientras que la concesión de servicio público la gestión de un servicio público. En ambos casos, tanto la ejecución de la obra como la prestación del servicio, responderán a una necesidad colectiva que los motiva.

Por su parte, la concesión de uso¹⁴, tiene por objeto permitir a los particulares la posibilidad de utilizar privativamente los bienes dominicales, que normalmente se encuentran fuera de su disposición, cuando las actividades que se pretendan realizar sean de trascendencia económica o social, es decir, cuando respondan a un interés o necesidad colectiva. En el ordenamiento jurídico costarricense, no existe una normativa unitaria que regule la concesión de uso, sino que esta se encuentra reglada en cada una de las leyes que se han decretado para la regulación del uso y protección de cada uno de los bienes dominicales. De esta forma y a manera de ejemplo, en la Ley de Aguas, Ley número 276 del 27 de agosto de 1942, se regula lo referente a la concesión de aprovechamiento de aguas públicas. La Ley de Concesión y Operación de Marinas Turísticas, ley número 7744 del 19 de diciembre de 1997, artículo 1, establece la posibilidad de otorgar en concesión las áreas de la zona marítimo - terrestre y el área adyacente cubierta permanentemente por el mar cuando esta sea destinada a la protección, abrigo y prestación de la actividad turística. La Ley de Hidrocarburos, ley número 7399 del 3 de mayo de 1994, artículo 4, por su parte, regula lo referente a la concesión de hidrocarburos. En el mismo sentido, la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, ley número 6043 del 17 de febrero de 1977, artículos 39 a 60, regula lo relativo a las concesiones que sobre ese territorio pueden otorgarse.

¹⁴ La concesión de uso o concesión demanial implica un derecho a favor del concesionario para la utilización privativa y excluyente del bien concesionado, ésta es la diferencia esencial entre la figura de la autorización y concesión: el carácter excluyente y privativo inherente a esta última, por lo que una modificación a la concesión: el carácter excluyente y privativo inherente a esta última, por lo que una modificación a la concesión que constriña este aspecto lleva a la extinción de la misma. MARTINEZ DE PISON APARICIO. Concesiones de Uso Común General del Demanio Público. Revista de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, Madrid, número 99, julio- septiembre, 1998, páginas 1 y 12-13

J. Temporalidad:

La concesión se caracteriza por ser temporal¹⁵.

K. Poder de Vigilancia y Control de la Administración:

El concesionario cuenta con un “poder originario”, que le permite controlar la actividad concedida, este poder es ante todo normativo- sancionador lo que le otorga a la Administración la facultad de sancionar al concesionario cuando éste no cumpla adecuadamente con la prestación encomendada. Además el concedente realiza un control técnico mediante el cual regula todo lo relativo a la organización técnica del concesionario. Por último existe también un control económico¹⁶.

L. Oneroso:

El concesionario tiene el derecho de obtener beneficios económicos por la prestación realizada, por ende será un contrato oneroso.

Sección Tercera: Principios que rigen la concesión

Los mismos principios que rigen para la función y al acto administrativo e incluso aquellos que rigen para la contratación administrativa, propiamente dicha, resultan aplicables a la concesión, así es necesario citar:

¹⁵ A manera de ejemplo, la Ley de Aguas en su artículo 19 establece que la concesión de aprovechamiento de aguas públicas tendrá como límite máximo el término de treinta años, de la misma manera la Ley de Concesión y Operación de Marinas Turísticas regula un plazo máximo de la concesión de veinte años, prorrogable por cinco años.

¹⁶ GARRIDO FALLA (Fernando). **Op. Cit.**, página 297. Poder originario porque no necesita incluirse dentro de las cláusulas del contrato de concesión, se presume dentro de éstas.

- 1) Legalidad: Requisito constitucional de todo acto administrativo, así al aplicarse la legalidad a toda la actividad del Estado, ya sea función administrativa, jurisdiccional, o legislativa debe ajustarse a la ley.
- 2) Libre Competencia: Este principio persigue que cualquier interesado en constituirse en concesionario, por imperio legal y por principio constitucional tiene la posibilidad de competir bajo las mismas condiciones que otros posibles oferentes.
- 3) Igualdad: Esta garantía dispone, que tanto los oferentes como concesionarios, recibirán un trato igualitario conforme sus provisiones técnicas, financieras y legales.
- 4) Privación del interés público: Es tal vez el principal y más importante principio que prevalece no sólo en la concesión de obra pública, sino en toda la actividad administrativa y tutela que cualquier disposición, acuerdo o actuación administrativa, deberá estar amparada o justificada por el interés colectivo. Este principio resulta difícil de precisar, y sin embargo su empleo es frecuente en textos legales y doctrinarios, llegando incluso a considerarlo como sinónimo de necesidad pública, provecho común o beneficio colectivo. Lo anterior, nos permite comprender que el interés público varía según el tiempo, los sitios, las sociedades y que da lugar a que se produzcan diferentes derechos, siempre como protección al interés; por tanto es posible que un interés no tenga carácter jurídico, pues para que así fuera, sería necesaria la protección del derecho. Conforme a lo expuesto podemos decir que el interés público debe entenderse como la creación material del deseo de la colectividad por un bien determinado. Ante ello, el derecho tiene la obligación de emitir una normativa protectora de dicho bien jurídico (interés colectivo), de esa manera, se convierte en creación legislativa insertada dentro de todo el ordenamiento y adquiere relevancia jurídica y colectiva.

Es usual, encontrar descrita la citada figura como una forma de colaboración de los particulares en la función administrativa, cuyo desempeño corresponde fundamentalmente al poder público.

A propósito de los servicios públicos, la importancia de la concesión resulta clara en los sistemas liberales, neoliberales y de economía mixta. En cuanto al uso y aprovechamiento de los bienes del Estado, la doctrina extranjera tiende a no considerarlos dentro de la amplia y poco precisa categoría de autorizaciones.

CAPITULO SEGUNDO: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA

El contrato de Concesión de Obra Pública, corresponde a otra de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, el cual, al igual que la concesión de servicios públicos, aparece en virtud de una incapacidad del Estado para satisfacer todas las necesidades de interés público que se presentan.

La carencia de una infraestructura adecuada en el país no es ningún secreto, como tampoco lo es el hecho de que la Administración Pública no cuenta con los recursos económicos suficientes para hacer frente a esta necesidad, la cual día con día, se hace más notoria, principalmente en lo que a carreteras, aeropuertos y centros penitenciarios se refiere.

El estado de la infraestructura en el país es preocupante y el Estado no cuenta con la capacidad técnica y económica para hacerle frente al problema, por lo que se hace indispensable, implementar figuras como el de la concesión de obra pública, que le permiten a la Administración, delegar en el particular la ejecución de obras públicas de importancia para el país.

El legislador, teniendo presente esta problemática, en el año 1994 promulgó la llamada “Ley de Concesión de Obra Pública”, la que lamentablemente no ofreció solución, por ello en 1998, el órgano legislativo promulga una nueva ley, la “Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos”, la cual pretende llenar los vacíos que sufría la ley predecesora.

A continuación, se estudia la figura de la concesión de obra pública, tomando en cuenta la doctrina nacional y extranjera, así como la legislación

costarricense existente y algunas resoluciones jurisprudenciales referentes al tema.

Sección Primera: La Obra Pública, su tratamiento doctrinal

Las obras públicas constituyen un innegable instrumento para el desenvolvimiento y adecuado desarrollo de la sociedad, ya que son un medio por el cual los miembros de la comunidad satisfacen sus necesidades colectivas tales como educación, transporte, salubridad y otros.

“La idea de obra pública, está íntimamente ligada a los sentimientos gregarios del hombre, desde muy antiguo puede hablarse de obras públicas en un sentido lato. Las grandes construcciones de las civilizaciones asiáticas y del norte de Africa trascendieron y fueron imitadas por civilizaciones posteriores. Grecia, Roma y toda Europa posteriormente, sintieron la necesidad y realizaron, en gran escala magníficas obras de interés colectivo, cuya presencia se advierte, todavía, por las generaciones actuales. Igualmente, en el nuevo mundo las civilizaciones indígenas que lo poblaron, tuvieron ideas claras sobre obras de interés para la colectividad...”¹⁷

Al respecto, se concuerda con el autor citado y se concluye que las obras públicas existen desde el momento en que el ser humano se organiza como una sociedad, surgiendo así, los intereses y necesidades colectivas que justifican la creación de obras que los satisfagan.

¹⁷ Mo (Fernando), **Obras Públicas**. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires. Editorial Driskill, Tomo XX, 1990, página 873.

A. La Noción de Obra Pública:

Las definiciones respecto de obra pública son numerosas y unas más amplias que otras. A continuación se exponen algunas de ellas:

Según JEZE:

“La obra pública es una obra de ejecución, o de conservación, referente a un inmueble¹⁸”.

BIELSA afirma lo siguiente:

“Es Obra Pública toda construcción integral y reparación realizada sea por la Administración Pública, directamente, sea por contratistas, o bien por concesionarios, sobre cosas inmuebles o muebles directa o indirectamente afectadas al uso público¹⁹”.

Por su parte MO indica:

“Consideramos obra pública la construcción, reparación o conservación realizada por el Estado, actuando como persona de derecho público, en forma directa o indirecta, respecto de cosas muebles o inmuebles con fondos estatales o no, destinadas al uso común directo o indirecto²⁰”.

Del artículo 1 inciso 2, de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos se extrae la noción de obra Pública aceptada por nuestro legislador, quien entiende por ésta el diseño, planificación, financiamiento,

¹⁸ JEZE (Gastón). **Principios Generales de Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Editorial De Palma, tomo III, 1950, página 359.

¹⁹ BIELSA (Rafael), **Op Cit.**, página 396.

construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier inmueble público.

De las definiciones anteriormente descritas, se extraen los elementos que caracterizan a la obra pública, los cuales son:

B. Elementos:

1. Elemento Objetivo:

De las nociones expuestas con anterioridad, se extraen dos posiciones respecto a los bienes que pueden constituir una obra pública:

La primera posición, corresponde a la doctrina Argentina, la cual considera que la obra pública podrá referirse a un bien mueble o a un bien inmueble²¹.

La doctrina Francesa, por su parte, acepta la existencia de obras públicas únicamente cuando se está frente a un bien inmueble, sea por naturaleza, por accesión o por destino²².

Algunos autores, como BIELSA y MO no concuerdan con esta idea, por el contrario, consideran que una obra pública puede referirse también a un bien mueble.

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, por su parte, asume la posición mayoritaria; es decir la francesa, ya que en su Artículo 1 inciso 2, únicamente habla de bienes inmuebles públicos.

²⁰ MO (Fernando), **Op. Cit.**, página 877.

²¹ Véase BIELSA (Rafael) **Op. Cit.**, página 396 y Mo (Fernando), **Op. Cit.**, página 877

²² Al respecto véase SABORIO CARRILLO (José Antonio). **El Contrato de Concesión de Obra Pública**. San José, 1994.

Por último, se considera que además de ser un bien inmueble, la obra pública siempre será producto de una construcción artificial; en este sentido así lo señala la ley antes citada, cuando se refiere a la construcción, reparación, ampliación y conservación de un bien inmueble público.

2. La Obra Pública y el Dominio Público:

El artículo 2° de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, al describir la figura de la concesión de obra pública y de la concesión de obra pública con servicio público, hace referencia a un bien inmueble público, por lo que se hace necesario realizar un breve análisis de la relación entre la noción de obra pública y el concepto de dominio público.

El dominio público está integrado por bienes que manifiestan por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir al interés público. Están destinados al uso público y por ende se encuentran fuera del comercio de los hombres y no pertenecen individualmente a los particulares, si no que son propiedad del Estado, de lo que resulta su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. El particular, únicamente podrá aspirar a la adquisición de un derecho de aprovechamiento mediante permiso o concesión otorgado por la Administración.

Aunque no todo bien de dominio público constituye una obra pública, en el tanto existen bienes de dominio público naturales como la zona marítimo terrestre, y como se afirmó líneas atrás, la obra pública siempre será un bien de dominio público, esto por cuanto en ésta se presentan todos sus elementos²³:

²³ En los oficios número C-72-97 del 9 de mayo de 1997 y C-81-98 del 5 de mayo de 1998, la Procuraduría General de la República, en un análisis de la resolución número 5976-93 de la Sala Constitucional, enumera los elementos constitutivos del dominio público: 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 pero no su propiedad y mucho menos su posesión.

- a) Por voluntad expresa del legislador, el titular de la obra será siempre la Administración, por ende esta se encuentra fuera del comercio de los hombres o sea que goza de la particular característica de ser un bien de dominio público, consecuencia de ello es inalienable, imprescriptible e inembargable.
- b) Los bienes inmuebles son susceptibles de pertenecer al dominio público.
- c) La obra pública se encuentra destinada al uso público para la satisfacción del interés general.

3. Elemento Subjetivo:

En este sentido, ya se había adelantado un criterio particular cuando se afirmó que el titular de la obra siempre será la Administración.

La obra pública siempre será propiedad del Estado, pero podrá ser ejecutada directa o indirectamente por la Administración, mediante contratistas o concesionarios²⁴.

4. Elemento Teleológico:

La obra pública puede destinarse para un uso o servicio público, es decir, algunas de ellas tienen por finalidad la satisfacción de un servicio público, a saber, escuelas, mientras que otras únicamente son creadas para el uso público, en este caso, carreteras²⁵.

Con base en estos criterios, pareciera que el legislador comparte este criterio, puesto que en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con

²⁴ La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos establece en el artículo 3 el derecho de titularidad de la Administración sobre los bienes y derechos objeto de la concesión.

Servicios Públicos, en el artículo 1, distingue entre la concesión de obra pública y la concesión de obra pública con servicio público, presentándose la primera cuando se trata de la construcción, reparación o ampliación de un bien inmueble público, mientras que en la concesión de obra pública con servicio público, además de la ejecución de la obra, se le otorga al concesionario la facultad de explotar el servicio público que ésta presta.

La antigua Ley General de Concesión de Obra Pública no distinguía como lo hace la ley actual, entre concesión de obra pública y concesión de obra pública con servicio público, puesto que consideraba que toda concesión de obra suponía dos etapas, la primera de ejecución de la obra y la segunda de explotación del servicio público que ésta prestaba.

5. El Financiamiento de la Obra:

La obra puede financiarse con fondos públicos o privados, puesto que lo que le imprime el carácter de pública, es la presencia de la Administración como titular de la misma y su destino a satisfacer el interés general²⁶.

C. Modos de Ejecución de las Obras Públicas:

Las obras públicas podrán ser ejecutadas en forma directa o indirecta por parte de la Administración.

La ejecución se efectúa cuando la Administración realiza la obra con sus propios medios y recursos.

La ejecución indirecta, se produce cuando la Administración recurre a terceros particulares, para que estos ejecuten la obra en nombre de ella.

²⁵ CANASSI (José), Op. Cit., página 608.

Existen dos formas de ejecución indirecta de obras públicas: el contrato de obra pública y la concesión de obra pública.

En el contrato de obra pública se le encomienda a un particular la ejecución de una obra pública, la cual será remunerada por la Administración por sus propios recursos.

En la concesión de obra pública también se le encarga a un particular la realización de una obra pública, pero a diferencia de la figura anterior, su trabajo no será remunerado por la Administración concedente, sino por los usuarios a beneficiarios de la obra, ya que al concesionario se le otorga como forma de contraprestación, el derecho de cobrar una tarifa o peaje a los usuarios de la obra o del servicio que ésta presta.

Sección Segunda: La concesión de obra publica en la doctrina.

La concesión de obra pública nace a mediados del siglo XIX bajo el concepto de encargar a un particular la ejecución de una obra pública, donde el pago que percibe el constructor, lo constituye la ejecución de la misma obra por determinado tiempo, lapso en el cual, el constructor podía percibir los ingresos que paguen los usuarios como tasa. Después de aquel tiempo, la obra pasaba a ser propiedad del Estado, éste, es en general, el mismo concepto de Concesión de Obra Pública que se mantiene hasta nuestros días y el que adopta la ley, que también es tema de análisis en el presente trabajo.

²⁶ MO (Fernando), **Op. Cit.**, página 877.

Al igual que sucedió con la concesión de servicios públicos y en general con el instituto de la concesión en sí, también es este caso su surgimiento responde a la necesidad del Estado de realizar obras de bienestar y necesidad pública, para las cuales carecía de recursos propios, tanto para pagar a un constructor privado la realización de la misma por un precio determinado, como para hacerla por cuenta propia, por lo que recurre al concurso de los administrados y da nacimiento a las concesiones de obra pública, en cuya construcción el Estado no aporta capital, pero otorga al particular que la costea, el derecho de explotarla durante cierto tiempo y de cobrar, por su uso, una tasa o suma determinada que le permite resarcirse de sus inversiones y obtener una legítima ganancia.²⁷

En esta concesión, al igual que ocurre con la concesión de servicio público, tanto el derecho del concesionario como los derechos de los usuarios de la obra están regulados por el Derecho Público, reservándose en virtud de ello la Administración, el derecho de fijar la tarifa o peaje que habrán de pagar los usuarios de la obra y el de sancionar los incumplimientos del concesionario; sin embargo, difiere de aquella, en que el principal cometido de la concesión de obra pública es precisamente la facultad de rescate de la obra, el que se produce al expirar la concesión.²⁸

La concesión de obra pública está catalogada como una concesión traslativa, las cuales se caracterizan por ser creadoras de derechos y obligaciones recíprocas entre concedentes y concesionarios y constituyen siempre la voluntad de la autoridad de desprenderse de cumplir, de manera directa, con un cometido que a ella concierne, para entregarlo a un concesionario que acepta someterse al Derecho Público en sus relaciones con el Estado.²⁹

²⁷ González Vergara Ariel, Ob. Cit. p.25.

²⁸ Ibid. p.97

²⁹ Ibid. p.133

La Administración decide desprenderse de su facultad de construir una obra pública para someter su construcción a un particular, quien lo hace por su cuenta y riesgo en virtud de la delegación de poderes hecha por la Administración. Es importante señalar, que aun cuando el concesionario tiene el derecho de explotar la obra por un tiempo determinado y de percibir por ello la tarifa prefijada al término de la concesión, está en la obligación de restituir la obra a la Administración, aun cuando no se encuentren satisfechas sus pretensiones económicas, pues insistimos, ese es el objetivo principal de este Instituto, así como el hecho de que el concesionario actúa por su cuenta y riesgo.

El referido autor, Enrique Sayaguez Laso, comenta que en el siglo pasado, la noción corriente de concesión de obra pública englobaba la subsiguiente explotación del servicio para el cual estaba destinada la obra, pero actualmente se separan bien ambas concesiones, pues si bien normalmente la primera implica la concesión de servicio público al cual la obra está destinada, hay concesiones de servicio público que no requieren la construcción de obra alguna, pero lo más importante, es que en las concesión de obra pública lo esencial es la construcción y explotación posterior de la obra, mientras que en la concesión de servicio público el concesionario tiene que organizar el servicio y hacerlo funcionar y cuando requiere la construcción de una obra, ésta constituye solamente un aspecto secundario.

Otro criterio diferenciador al cual hace mención la doctrina, es que en la concesión de obra pública importa el uso simple de la obra construida y al concesionario solo le incumbe mantenerla en condiciones de ser utilizada, mientras que en la concesión de servicio público, se requiere del elemento empresa, es decir, de la organización del servicio, siendo la obra solo una medio dentro de otros que permiten realizar la explotación del servicio.³⁰

³⁰ Sayaguez Laso Enrique, Ob. Cit. pp.16,120-121

Por otra parte, también es importante hacer una distinción entre el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública, ya que el segundo tiene por objeto exclusivamente la ejecución de una obra pública. Recordemos, que una obra pública es aquella cosa mueble o inmueble cuya construcción integral o reparación es responsabilidad del Estado, a quien corresponde su titularidad, pero está destinada a la utilidad común, directa o indirecta. Uno de los medios con que cuenta el Estado para realizar o reparar una obra pública es, como hemos analizado, la concesión; no obstante, también existe la posibilidad de que el Estado realice una determinada obra por su propia cuenta o bien, que suscriba un contrato de obra pública, que es “el acuerdo común de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, celebrado entre la administración con otro sujeto de derecho, mediante un precio para la construcción, reparación o conservación, parcial o total, de un obra inmueble o mueble”, donde el objeto del contrato, es precisamente la obra pública identificada y configurada a través de las bases de la licitación, el contrato, pliego de condiciones y además piezas contractuales.³¹

Se afirma asimismo, que el contrato de obra pública ha sido el contrato administrativo por excelencia, pues sus elementos esenciales han sido establecidos y precisados desde hace años.

Para Gastón Jeze, el contrato de obra pública presenta cuatro elementos esenciales:

- Es un contrato administrativo
- Tiene por objeto la ejecución de una obra inmueble
- Existe una remuneración en dinero o en cualquier otra forma

³¹ F. Mó Fernando, REGIMEN LEGAL DE LAS OBRAS PUBLICAS, 2ª edición, ediciones De Palma, Buenos Aires, 1982, pp.15-24.

- Los riesgos están a cargo del empresario

No obstante, se argumenta en doctrina, que la remuneración que debe existir en este tipo de contrato debe obligatoriamente realizarse en dinero, porque si se utilizan otros medios de pago como la explotación de la obra a realizar, ya no se trata de una contrato de concesión de obra pública.³²

De lo anterior podemos establecer entonces, que la diferencia fundamental entre las dos figuras, es que en la concesión el contratista obtiene su retribución con la explotación de la obra construida, mientras que en el contrato puro y simple, el Estado en ningún momento delega dicha explotación, sino que retribuye la construcción efectuada por un precio en dinero. El contrato de Obra Pública puro y simple, fue el contrato administrativo público original y alrededor de él es que nace toda la problemática de la contratación administrativa.³³

El autor Enrique Sayaguez Laso, conceptúa a la concesión como el acto de Derecho Público, que confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración, donde su característica esencial radica en la circunstancia de ser un acto eminentemente creador de derechos, en virtud del cual, la Administración hace nacer nuevos derechos o poderes en los administrativos.³⁴ Tal criterio es compartido por el autor Ariel González Vergara, quien define a la concesión como el acto de poder público que atribuye a una persona nuevas capacidades o derechos.³⁵

³² Montealegre Quijano Manuel, DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA, Tesis para optar al Título de Lic. en Derecho, 1984, U.C.R., p.144.

³³ Romero Pérez Jorge Enrique. CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA PUBLICO EN COSTA RICA, en Revista de Ciencias Jurídicas, No. 25, ene-abr 1975, p. 242.

³⁴ Véase González Vergra Ariel, Ob. Cit., 9.27.

³⁵ Ibid. p.29

Sección Tercera: Características Generales de la Concesión de Obra Pública

La concesión de obra pública reúne las características de los contratos administrativos en general, o sea, que es una obligación bilateral, consensual, conmutativa y onerosa. Por otra parte, la concesión de obra pública presenta particularidades del contrato de concesión en específico.

A. Naturaleza

La concesión de obra pública, es un contrato administrativo por medio del cual la Administración delega en un particular la ejecución de una obra pública, obra que, le será retribuida mediante el pago de una contraprestación llamada tarifa por parte de los usuarios de la obra o una contraprestación pagada por los beneficiarios del servicio que la misma preste. Cuando se trate de una concesión de obra pública con servicio público, en la que además de la ejecución, se le encargue al particular la explotación del servicio que la obra presta, deberá prestar los servicios previstos en el contrato, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio.

La Ley General de Concesión de obras Públicas con Servicios Públicos, en el artículo 1 define tanto a la concesión de obra pública como a la concesión de obra pública con servicio público, como un contrato administrativo llenando el vacío que contenía la legislación predecesora respecto de lo que llamaba un instituto jurídico de derecho público. El reglamento a la Ley número 7762, decreto 27098-MOPT del 14 de abril de 1998, artículo 3 establece claramente que el régimen jurídico aplicable para este tipo de contratos, es el ordenamiento jurídico administrativo costarricense, lo que lógicamente deriva de su carácter de contrato administrativo.

Por otra parte, la conceptualización del contrato de concesión de obra pública como un contrato compuesto o complejo. A nivel doctrinal, es bastante unívoca e implica, esencialmente, la construcción de la obra y su explotación en un servicio público³⁶. Ahora bien, en nuestro medio pareciera que la idea o voluntad del legislador era la de rechazar tal afirmación y por el contrario afirmar que el contrato de obra pública puede presentarse de manera simple, como una mera ejecución de la obra, o de manera compleja, configurando la llamada concesión de obra pública con servicio público.

B. Elemento Subjetivo

Son sujetos de la relación contractual en la concesión de obra pública, la Administración concedente y uno o varios particulares concesionarios. Además, participa la figura del usuario, quien aunque no es parte en la relación contractual establecida entre el concedente y el concesionario, es un tercero afectado por los alcances de éste, por ende, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones.

La Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, entiende, por Administración concedente al Poder Ejecutivo³⁷, las empresas públicas y el sector descentralizado territorial e institucional³⁸. Cuando sea el Poder Ejecutivo el que tramita la concesión, lo hará por medio del Consejo Nacional de Concesiones, que es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, mientras que cuando se trate de una empresa pública o del sector descentralizado, podrá tramitarse la concesión directamente o si es su deseo, por medio del Consejo antes mencionado.

³⁶ JARA (Rosibel) y otro. **Op. Cit.**, página 263.

³⁷ Entendido éste en el sentido expresado en la **Ley General de la Administración Pública**, Op. Cit., artículo 21, como el Presidente de la República y el Ministro de ramo.

³⁸ Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, artículo 5 inciso 1.

El contrato de concesión de obra pública, al igual que toda concesión, se trata de un contrato “intuitu personae”, en el que el concesionario es escogido de acuerdo a sus condiciones técnicas, económicas, morales y financieras, lo cual es ratificado por el cuerpo legal ya citado y su reglamento, al describir el procedimiento para la adjudicación de la concesión, determinando que en un primer momento, de todas las ofertas presentadas, se hará una evaluación de sus condiciones ofertas técnicas y se clasificarán luego en aceptables y no aceptables. Posteriormente, una vez rechazadas las ofertas que no cumplieron con los requerimientos técnicos, se procederá a calificar las ofertas por sus condiciones económicas.

Realizada esta valoración preliminar, se confeccionará un cuadro de calificación de las ofertas que técnica y económicamente hayan sido declaradas aceptables, adjudicándose la concesión a aquel oferente que ocupe el primer lugar en el cuadro de calificación, dando preferencia al oferente que haya formulado la mejor oferta económica elegible de las declaradas técnicamente aceptables; de coincidir en su calificación dos o más ofertas, la costarricense tendrá preferencia sobre la extranjera y de ser ambas nacionales, deberá darse privilegio a la presentada primero.

Todo esto nos lleva a concluir que el legislador estableció un sistema de concesión de obra pública “intuitu personae”, en el que el concesionario es elegido por las condiciones técnicas y económicas de su oferta³⁹.

C. Elemento Objetivo

³⁹ **Lev General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos**, Op. Cit., artículos 27-29. Reglamento a la ley 7762. Decreto Número 27098-MOPT. Artículos 24-27. Cuando se estudio la figura de la concesión se estableció como una de sus características el tratarse de un contrato “intuitu personae”, es decir, que la Administración elige a un concesionario por sus calidades técnicas y económicas, por lo que la cesión del contrato y la subordinación estarían vedadas siempre que la ley o el cartel de licitación no estipularen lo contrario. Como se puede ver en la legislación costarricense la regla se invierte, al menos en lo que a la subcontratación se refiere, ya que ésta estará permitida siempre

Aún y cuando ya se adelantaron algunas ideas respecto del objeto del contrato de concesión de obra pública, en este acápite se hace necesario tocar de nuevo este extremo, para desligar con exactitud, tal como la hace Dromi⁴⁰, entre el objeto formal y el material de esta figura.

El objeto formal, lo constituye la transferencia de atribuciones que el Estado hace a favor del concesionario, implicando esto, la delegación de todas las facultades necesarias para que el particular concesionario ejecute la obra y posteriormente la explote en aquellos casos en que se trate de una concesión de obra pública con servicio público.

Sobre los elementos de la concesión, debe considerarse que el objeto material es la obra pública que se diseñará, planificará, financiará, construirá, conservará, ampliará o reparará.

D. Temporalidad

El contrato en estudio se caracteriza por tener una vigencia restringida en el tiempo; es decir, no puede existir un contrato de concesión de obra pública perpetuo, particular característica que en la especie no posee ningún contrato, ya que la prolongación perpetua de una obligación atenta contra la seguridad jurídica.

El plazo del contrato de concesión tiene por finalidad que el particular retribuya la inversión que se hizo en la obra, por ende, cuando este fin se ha satisfecho, el bien debe pasar a manos de su propietario, la Administración Pública.

que el cartel no lo prohíba, quedando como responsable por la correcta ejecución del contrato el concesionario, quien responderá ante la Administración concedente.

⁴⁰ Dromi (José Roberto). **Op. Cit.**, página 367.

La Ley General de Concesión de Obra Pública, establece que el plazo máximo de una concesión es de cincuenta años. Una vez concluido dicho plazo, la Administración podrá, si existe un interés público comprobado, prorrogar el mismo por un plazo que, junto con el original, no exceda el plazo máximo establecido, o podrá licitar de nuevo la concesión, con las variantes que estime necesarias.

E. Derechos y Obligaciones de las Partes

El contrato de concesión de obra pública se caracteriza por ser bilateral, conmutativo, oneroso, lo que implica que las partes que intervienen son sujetos de derechos y obligaciones.

Ante la referencia indicada se hace necesario analizar los principales derechos, obligaciones y potestades que los sujetos contractuales del contrato de concesión de obra pública poseen:

1. La Administración Concedente:

DERECHOS Y POTESTADES

Potestad de otorgar la ejecución y explotación de una obra pública en concesión: Las disposiciones jurídicas contenidas en la Ley General de Concesión, concretamente a partir del artículo 1 y hasta el artículo 5°, facultan a la Administración para otorgar en concesión una obra pública y su explotación, cuando existan razones de interés público que así lo ameriten o justifiquen.

Potestad de Dirección y Control: En virtud de los principios de regularidad y continuidad del servicio público, la Administración deberá asegurar el funcionamiento continuo y regular de éste, para ello cuenta con la facultad de fiscalización, que le permite vigilar de manera permanente, la correcta ejecución del contrato de concesión por parte del concesionario, el cual deberá cumplirse eficientemente de acuerdo con su clausulado y conforme con los deberes y obligaciones que la ley le impone.

Potestad Sancionatoria: Si la obra pública no se verifica de acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión, la Administración cuenta con la potestad de sancionar al concesionario. Estas sanciones, por lo general, se encuentran estipuladas en el clausulado del contrato, o provienen de la ley que le da sustento, siendo la más común, la multa por mora, ésta procede en caso de que el concesionario no cancele alguno de los cánones o pagos establecidos en la ley, la multa será del 15% mensual sobre el monto del canon o pago adeudado. El retraso prolongado por más de 3 meses, conforme a las previsiones legales, se interpretará como falta grave y dará lugar a la resolución del contrato de concesión. El valor de las multas ingresará al fondo nacional de concesiones.

Otras sanciones que puede aplicar el ente concedente son:

- 1) Ejecución de garantías: Procederá a ejecutar las garantías referidas en el artículo 33 de la Ley de General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, cuando se incumplan las formas, los montos, los plazos y las demás condiciones para las cuales fueron establecidas.
- 2) Ejecución de la cláusula penal: La Administración concedente, por imposición de ley, debe constituir o incluir dentro del cartel, una cláusula penal previniendo un cumplimiento tardío de la obra concesionada, siempre que el mismo este originado por causas imputables al concesionario. Esta cláusula, podrá prever cualquier otro tipo de incumplimiento.
- 3) Cobro Judicial: Los débitos constituidos, en razón de las sanciones previstas anteriormente que no sean canceladas en sede administrativa, se cobraran judicialmente. Para ello, la misma dispone dar naturaleza de título ejecutivo a la certificación expedida por la autoridad competente de la respectiva Administración concedente

Modificación Unilateral: La administración por aplicación de la Ley de Contratación Administrativa y de la misma Ley de Concesión de Obra Pública, disponen que cuando existan razones de interés público, la Administración unilateralmente puede modificar, disminuir o aumentar las condiciones de ejecución de la obra y de la prestación del servicio. El Reglamento a la Ley de Concesión de Obra Pública, establece que la modificación que realice la Administración no podrá superar el veinticinco por ciento del monto total de la inversión prevista en el contrato de concesión, de ser así o cuando la modificación perjudique al concesionario, deberá otorgársele una indemnización.

Revocación. Cuando la Administración Pública, de forma unilateral y por razones de oportunidad, conveniencia o cuando falta el presupuesto de hecho que le dio origen, finaliza la concesión antes de que se cumpla el plazo de su vencimiento. No se trata de una facultad de la cual la Administración pueda hacer uso caprichoso y arbitrario, debe responder a un interés público e indemnizar al concesionario, tanto por el perjuicio experimentado como por el beneficio omitido.

El Rescate: La Administración podrá acordar el rescate de la concesión, que no es más que aquella acción que se ejerce en forma unilateral para traer a su posesión la obra o la concesión, pero únicamente si median razones de interés público, previa indemnización al concesionario.

Recepción de los derechos y bienes objeto de la concesión: La Ley reguladora de las concesiones, establece que una vez vencido el plazo de la concesión, el concesionario deberá entregar, sin costo alguno, a la Administración concedente todos los derechos y bienes objeto de la concesión, los cuales deberán encontrarse en buen estado y libres de todo gravamen.

OBLIGACIONES

A. Fiscalización de la construcción y explotación de la obra: La administración deberá velar que el concesionario ejecute la obra de acuerdo con el plazo de construcción o de mantenimiento y porque explote el servicio de acuerdo con la normativa jurídica que lo regula.

En estrecha relación con esta obligación, se encuentra la potestad sancionadora, en virtud de la cual, la Administración podrá sancionar al concesionario cuando este incumpla con las pautas establecidas en el contrato de concesión, sanciones que pueden ir desde una multa, hasta la resolución del contrato por incumplimiento grave.

B. Avalúos y tasaciones: Para comprobar los perjuicios causados al concesionario cuando por una acción imputable a la Administración, se le causen daños, ésta se encontrará obligada a valorar el daño causado para posteriormente indemnizarlo.

C. Recomendar al Ministerio de Hacienda el Otorgamiento de Beneficios Fiscales: Cuando el concesionario solicite alguno de los incentivos fiscales estipulados en la ley, para estos casos, la Administración se verá forzada a recomendarlos ante el Ministerio de Hacienda⁴¹.

D. Ampliación del plazo: En caso de que la Administración incumpla sus obligaciones o se este ante caso fortuito o fuerza mayor, la Administración deberá otorgar al concesionario una ampliación del plazo para la terminación de las obras.

⁴¹ Los beneficios tributarios por los que puede optar el concesionario son: la exoneración del pago de los impuestos arancelarios de importación, selectivo de consumo, impuesto de ventas y cualquier otro impuesto, tanto para compras locales como para la importación de los bienes necesarios para ejecutar la concesión y sobre los equipos directamente requeridos para la construcción de la obra, su mantenimiento o la prestación del servicio, Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, artículos 16 y 44.

- E. Obligación de Cumplimiento: La Administración deberá cumplir todos los compromisos adquiridos en virtud del contrato de concesión, facilitando al concesionario la colaboración requerida, para que este cumpla con la actividad encomendada de una forma constante y eficiente.
- F. Tramitación: La Administración dará trámite a las gestiones que presente el concesionario, cuando estas sean requeridas para ejecutar el contrato de concesión.
- G. Otras obligaciones estipuladas en el contrato de concesión o en la ley respectiva.

2. El Concesionario.

DERECHOS Y POTESTADES DEL CONCESIONARIO.

- A. Ejecución del contrato de concesión: El concesionario tiene derecho a ejecutar la concesión y para ello también tiene la prerrogativa de recibir la colaboración de la Administración concedente para cumplir a cabalidad con las obligaciones contractuales.
- B. Retribuido: El concesionario recibirá, como contraprestación por las obras que realice y los servicios que preste, una tarifa o precio que deberá ser pagada por el usuario de la obra o por el beneficiario del servicio, la ganancia deriva de la diferencia entre los ingresos resultantes de los peajes o tarifas pagadas por beneficiarios de la infraestructura y su costo de construcción y mantenimiento.

El autor AZOFRA VEGAS menciona, en su estudio sobre la financiación privada de infraestructuras públicas, una nueva forma de pago al concesionario llamada peaje “en sombra”, mediante el cual, el costo de la construcción de la infraestructura, es pagado por la Administración al concesionario, por medio de un

canon periódico, pagado a lo largo de un dilatado plazo temporal, cuyo monto depende del uso que los usuarios de la obra hagan de ésta.

Derivado de éste, se encuentra el derecho del concesionario de solicitar a la Administración concedente, reajustes en las tarifas⁴².

C. Derecho a ser indemnizado: Cuando la Administración modifique las condiciones del contrato por motivos de interés público y de ellos resulte una lesión de tipo patrimonial para el concesionario, este tendrá derecho a ser indemnizado íntegramente, es decir, el concesionario tiene derecho al equilibrio económico financiero del contrato.

D. Derecho a solicitar a la Administración la modificación de los términos del contrato: Cuando por razones ajenas a sí, se altere el equilibrio económico financiero.

E. Derecho a solicitar el rescate de la concesión: Cuando por medidas adoptadas por la Administración, al concesionario se le haga imposible el cumplimiento de sus obligaciones, deberá plantear ante ésta el reclamo, para que de resultar procedente, la Administración rescate la concesión.

F. Acogerse a los beneficios tributarios.

⁴² El nombre que recibe la contraprestación recibida por el concesionario ha sido nombrada de diversas maneras, peaje cuando se trata de una concesión de obra pública que no presta ningún servicio público, tarifa cuando el beneficiario de la concesión paga por el uso del servicio público que presta la obra, y estipendio para cualquier otra forma de contraprestación que reciba el concesionario de manera distinta a las antes descritas. Durante la discusión legislativa de la Ley General de Concesión de Obra Pública de 1994 el asunto fue traído a colación por la Licda. Marina Ramírez Altamirano, quien recomendó el uso de la palabra peaje y tarifa de la forma descrita línea atrás, pero el legislador haciendo caso omiso de lo recomendado opta por los conceptos de contraprestación y tarifa, pero nunca utiliza la noción más correcta, la de peaje. De la misma manera la Ley General de concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos desecha el concepto de peaje. **Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública**, Ley 7329, Folio 531, **Ley General de Concesión de Obra Pública**, Op Cit., artículo 1. **Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos**, Op. Cit., artículos 2 y 40.

G. Recibir ampliación del plazo, cuando por razones ajenas a su voluntad se produzca un retraso en el cumplimiento de los plazos.

OBLIGACIONES

A. Cumplimiento de lo pactado: El concesionario deberá cumplir plenamente con las obligaciones asumidas en el contrato de concesión.

B. Dar mantenimiento a la obra: Es deber del concesionario cuidar, mantener y dar reparación a la obra.

C. Prestar el servicio público correctamente: El concesionario debe prestar el servicio público de acuerdo con los principios de regularidad, continuidad, uniformidad, igualdad y generalidad y conforme a lo estipulado en el contrato de concesión.

D. Facilitar a la Administración, la prestación de los servicios brindados por ésta directamente.

E. Adquirir los bienes y derechos necesarios para cumplir con el objeto de la prestación.

F. Uso adecuado de la obra: La obra pública, así como los bienes, derechos y frutos adscritos a ésta, deberán ser utilizados únicamente para los fines pactados y no podrán ser enajenados separadamente de la obra, hipotecados ni sometidos a gravámenes de ninguna especie, sin el consentimiento de su propietaria, es decir, de la Administración, ya que tanto la obra como los bienes incorporados a ésta, pasarán a su dominio al extinguirse la concesión, salvo que el contrato establezca algo distinto respecto de los bienes incorporados.

G. Acatar las disposiciones de la Administración concedente.

H. Indemnizar por los daños y perjuicios causados a terceros.

3. Los usuarios

Como se manifestó anteriormente, el usuario no es parte en la relación contractual entre el concedente y el concesionario, pero esta relación lo afecta hasta el punto de atribuirle derechos y obligaciones.

DERECHOS

- A. Disfrutar de la obra y de los servicios concesionados: Todo usuario, tiene el derecho de gozar de la obra y de los servicios que ésta preste, de acuerdo con los principios que rigen al servicio público.
- B. Derecho a presentar denuncias, quejas y peticiones: El usuario podrá gestionar frente a la Administración, cualquier gestión tendiente a defender sus derechos o intereses con motivo de la concesión.
- C. Que las tarifas cobradas se rijan por lo establecido en la ley.

OBLIGACIONES

- A. Obligación de Pago: El usuario debe pagar por el uso de la obra concesionada o por la recepción de los servicios que ésta presta. Al respecto AZOFRA VEGAS afirma:

“ Téngase en cuenta, en todo, caso, que cualquiera de las modalidades conocidas de financiación privada de infraestructuras públicas suponen, en última instancia, una

apelación al bolsillo del ciudadano. Parafraseando a GASPAR ARIÑO, podría decirse que no existe magia alguna en estas nuevas fórmulas de financiación: el apoyo que presta el sector privado busca una adecuada retribución, que deberá ser finalmente satisfecha por los ciudadanos, bien en su condición de contribuyentes (en aquellas modalidades en las que la retribución del esfuerzo privado viene directamente de la Administración Pública), bien en su condición de usuarios (en aquellas en las que dicha retribución deriva del usuario de la infraestructura de que se trate, generalmente en forma de peaje o canon de utilización)”.

B. Acatar las regulaciones existentes: El usuario deberá acatar todas las regulaciones establecidas por el concesionario y autorizadas por la Administración concedente.

F. Régimen de Responsabilidad

1. El Concesionario

El concesionario asume la ejecución de la obra y la explotación del servicio bajo su propia cuenta y riesgo, por ende, asume tanto las ganancias como las pérdidas que esta actividad pueda producir⁴³, salvo que en el contrato de

⁴³ **Lev General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos**, Op. Cit., artículo 36, 38 y 58. Se establece que el concesionario ejecutará las obras a su riesgo, y por ende enfrentará los desembolsos necesarios hasta terminarlas aunque provengan de un caso fortuito o fuerza mayor, salvo que en el contrato se estipulare que la Administración participe de estos gastos. Además, si el retraso es producto de la actividad de la Administración concedente, el concesionario tendrá derecho a una prórroga igual al periodo de entorpecimiento y a una indemnización. En la fase de explotación, de presentarse un evento que constituya caso fortuito o fuerza mayor, que impidan la prestación del servicio, el concesionario podrá solicitar a la Administración concedente la suspensión temporal de la concesión.

concesión se estipule lo contrario o que la pérdida sufrida sea consecuencia de la Administración o de cualquier otro órgano estatal, en cuyo caso deberá indemnizarse al concesionario.

Frente a terceros, el concesionario responde por todo daño que su actividad produzca, a menos que los daños le sean imputables a la Administración concedente por medidas que ésta le impuso al concesionario. En el primer caso la relación entre el concesionario y el tercero se regirá por las normas del derecho privado.

2. La Administración Concedente

La Administración Concedente, deberá responder por los daños causados al concesionario o a terceros, cuando estos sean producto de una actuación imputable a ella.

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos contiene varias disposiciones al respecto. El artículo 15 inciso 2, le otorga a la Administración la facultad de rescatar la concesión cuando el interés público así lo justifique, pero antes de entrar en posesión de la concesión rescatada, deberá indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios causados. El artículo 36, inciso 2, por su parte, establece que si el retraso en el cumplimiento de los plazos es imputable a la Administración concedente, el concesionario deberá ser indemnizado. El artículo 48, le otorga al concesionario el derecho de ser indemnizado cuando la Administración modifique de manera unilateral las características de las obras o de los servicios encomendados. Por último, en el Reglamento a esta ley, el artículo 69 inciso 2, le impone a la Administración la responsabilidad por los daños causados a terceros en la ejecución o explotación de la obra, cuando éstos sean producto de una medida tomada por aquellas.

Salta a la vista que el principio de que el concesionario asume la concesión bajo su propia cuenta y riesgo, tiene sus excepciones, las cuales han sido especificadas en la ley.

G. Régimen Económico-Financiero

El concesionario tiene derecho a recibir una contraprestación, a cambio de la ejecución de la obra que la Administración le encomienda y por los servicios que presta, en el caso de una concesión de obra pública con servicio público.

El pago al concesionario está a cargo del usuario de la obra o del beneficiario del servicio, mediante la llamada tarifa o peaje, aunque también podrá recibir otros beneficios por cuenta de la Administración concedente, cuando así lo estipule el contrato.

La tarifa podrá ser expresada en moneda nacional o extranjera y será la que se estipule en el contrato de concesión, entendida ésta como máxima, por lo que el concesionario, siempre que el contrato no lo prohíba, podrá reducirla. Además, la tarifa podrá ser revisada y si se considera necesario modificada, a solicitud del concesionario o unilateralmente por la Administración, según lo establezca el cartel.

También el concesionario podrá recibir, cuando así lo disponga el contrato, ciertos beneficios otorgados por la Administración, como por ejemplo, aportes en dinero, bienes en calidad de usufructo o beneficios tributarios.

Por su parte, la Administración puede recibir algunos pagos en su favor por parte del concesionario, como por ejemplo: un canon por la explotación de la concesión, el pago por concepto de inspección y control del contrato y los que se originen en la entrega de bienes que se utilizan en éste.

En conclusión, el régimen económico del contrato de concesión de obra pública, ha sido diseñado de forma tal, que el concesionario vea retribuida su inversión y reciba cierta utilidad por ésta, en armonía con el interés público que representa este tipo de gestión, interés que le permitirá a la Administración modificar unilateralmente el régimen económico del contrato, cuando una necesidad colectiva así lo requiera, pero siempre contra la respectiva indemnización al concesionario, el cual siempre que se vea perjudicado por tal modificación, tendrá derecho al equilibrio económico-financiero de la relación.

H. Aspectos Jurídicos Especiales

1. El Ámbito de Aplicación

La ley en estudio, establece en el artículo 2, que toda obra y su explotación son susceptibles de ser otorgadas en concesión, cuando existan razones de interés público que así lo motiven.

Según lo anterior, cualquier obra pública, en la que la Administración considere que existe un interés público, podrá ser entregada en concesión, salvo los casos de las telecomunicaciones y la electricidad, ya que la misma ley se encarga de exceptuarlos de su aplicación.

El artículo 47, del Reglamento a la ley en cuestión, establece lo que se entenderá por interés público, remitiendo al artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, el cual lo define como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

En conclusión, podrá entregarse en concesión, toda obra en la que exista un interés coincidente por parte de los administrados.

El artículo 2, de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, contiene dos de los principales puntos de discusión de los que

fue objeto esta ley, estos son: la posibilidad de entregar en concesión de aeropuertos, ferrocarriles, ferrovías y muelles y la necesidad o no de autorización legislativa de la concesión, cuando además de la ejecución de la obra, se entregue en concesión la explotación de la misma y los servicios públicos que ésta presta.

A continuación se detalla cada uno de ellos:

I. La concesión de aeropuertos, ferrocarriles, ferrovías y muelles. Posible inconstitucionalidad

Nuestro legislador, para no dejar duda al respecto, ordena la aplicación de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, en todo proceso donde se entregue en concesión obras referentes a ferrocarriles, ferrovías, muelles y aeropuertos; tanto los nuevos como los existentes, así como los servicios que en ellos se presten. Hace la salvedad en los Muelles de Caldera y Moín, en los cuales sólo podrán entregarse en concesión las obras nuevas o las ampliaciones, pero nunca las ya existentes.

En Costa Rica, esta disposición había sido objeto ya de grandes discusiones cuando se promulgó la Ley General de Concesión de Obra Pública, que en su Artículo 6 contenía una norma similar.

El problema radicaba en el Artículo 121, Inciso 14 de la Constitución Política, el cual establece que “ Los ferrocarriles, muelles, aeropuertos nacionales- éstos últimos mientras se encuentren en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir de forma alguna del dominio y control del Estado”.

Para un sector, esta disposición constitucional hacía imposible del todo la concesión sobre este tipo de inmuebles y sus servicios, puesto que permitirlo implicaría una enajenación indirecta de éstos, lo que llevaría a que las obras

salieran del dominio y control absoluto del Estado y pasaran en parte al concesionario.

Frente a esta posición, se encuentran quienes consideran que en la concesión, las obras no salen del dominio y control del Estado; por el contrario es éste quien mantiene potestades de modificación, control y sanción sobre éstas y su concesionario, el que no es más que un colaborador de la Administración, en la satisfacción de ciertas necesidades colectivas, que ésta no está en la capacidad técnica y financiera de soportar.

La posibilidad constitucional de entregar en concesión los ferrocarriles, ferrovías, muelles y aeropuertos fue ratificada por la Sala Constitucional, en el Voto N° 3789-92 de las 12:00 horas del 27 de noviembre de 1992, cuando se le sometió a consulta la Ley General de Concesión de Obra Pública, voto en el que la Sala establece la diferencia entre la concesión y las figuras de enajenación gravamen y arrendamiento.

La enajenación, para los magistrados de la Sala, implica la transmisión del dominio o propiedad de la cosa o la titularidad de un derecho a otra persona, lo que no sucede en la concesión, pues el Estado mantiene el dominio sobre las obras. Difiere además del arrendamiento pues en éste, el arrendante le asegura al arrendatario el goce y disfrute de la cosa por un tiempo determinado a cambio de una suma de dinero, en cambio en la concesión, el estado le otorga al concesionario la explotación de la obra como contraprestación por la ejecución de la misma y el dinero recibido por éste, será el que paguen los usuarios de la obra. Tampoco es un gravamen, porque la obra será siempre del Estado y no se encuentra garantizada ninguna obligación. Por consiguiente, para la Sala, la concesión no implica en forma alguna una salida directa o indirecta de los bienes del control y dominio del Estado, argumento que respaldan también al enunciar los poderes de control y fiscalización que le otorga la ley a la Administración.

Tanto la Ley General de Concesión de Obra Pública como la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, siguiendo las pautas marcadas por la Sala Constitucional, plasman en su articulado la posibilidad de otorgar en concesión este tipo de inmuebles, pero se encuentra, entre los respectivos artículos que lo autorizan, dos diferencias; a saber:

1. La Ley General de Concesión de Obra Pública permitía entregar en concesión únicamente las instalaciones nuevas de ferrocarriles, muelles y aeropuertos, no así las ya existentes. Actualmente, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, autoriza la concesión de obras nuevas en aeropuertos, ferrovías y ferrocarriles, no así para los muelles.
2. La nueva legislación establece que podrán entregarse en concesión los servicios que en esos inmuebles se presten; en cambio, la antigua normativa restringía la concesión de los servicios a los complementarios o no esenciales, dejando fuera de ésta a los servicios esenciales, distinción que la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos parece no realizar.

En conclusión, todavía en el año 2000 tanto a nivel legal como jurisprudencial, era aceptada la posibilidad de entregar en concesión las obras públicas en los ferrocarriles, ferrovías, aeropuertos y muelles.

Una vez establecido lo anterior, surgen dos interrogantes:

- a) ¿La Administración debe utilizar el procedimiento establecido en la nueva ley en toda obra pública que implique el diseño, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación, reparación e incluso la explotación de los servicios en los aeropuertos internacionales, muelles y ferrocarriles?.

b) ¿Es el Artículo 2 de la Ley en estudio, un límite a la facultad de la Administración de utilizar tipos abiertos de contratación?

A estas interrogantes se dan dos respuestas, de las cuales surgen dos posiciones, las que ya se enfrentaron en un caso particular; la modernización del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría.

Una primera respuesta es la que actualmente sostienen los personeros del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, quienes afirman que el Artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, obliga a la Administración a utilizar el procedimiento establecido en esa Ley en todos los casos en los que la ejecución de obras públicas en aeropuertos internacionales, muelles y ferrocarriles, se tramite mediante la figura de la concesión, no así, cuando la Administración implemente cualquier otro procedimiento, lo cual constituye una facultad otorgada por el legislador en el Artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa⁴⁴.

Esta posición, puede ser objetada utilizando la jurisprudencia constitucional, ya que la Sala Constitucional en los votos 3789-92 y 6240-93 declara la constitucionalidad de la concesión de obra pública en aeropuertos, internacionales, ferrocarriles y muelles, puesto que esta figura no constituye forma alguna de enajenación, gravamen ni arrendamiento y además, para evitar la incomodidad de acudir al ente legislativo para cada caso particular, establece la posibilidad de otorgar una concesión con base en una ley marco.

Por lo tanto, según lo establecido por la Sala Constitucional, se encuentra una facultad administrativa de tipos abiertos limitada, tanto por normas constitucionales como legales.

⁴⁴ **Ley de la Contratación Administrativa.** Op. Cit., artículo 55, este artículo contiene la llamada facultad administrativa de tipos abiertos, que le permite a la Administración la utilización de cualquier procedimiento de contratación, siempre y cuando sea definido reglamentariamente y este contribuya a la satisfacción del interés general.

Los Artículos 121, inciso 14, y artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política, limitan la potestad de la Administración Pública de definir reglamentariamente procedimientos de contratación administrativa, puesto que en primer lugar, el procedimiento de ejecución de obras públicas en los bienes demaniales, descritos líneas atrás, no puede significar su enajenación arrendamiento o gravamen, además el procedimiento utilizado deberá constar en una ley marco o en su defecto acudir al ente legislativo para su aprobación, cuando éste signifique la explotación de servicios públicos.

Por su parte, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, establece en el Artículo 2, que cuando se utilice la figura de la concesión, deberá otorgarse mediante los procedimientos dispuestos en esa Ley y no mediante ningún otro.

Como segunda respuesta a las interrogantes planteadas, se identifica una posición minoritaria, que afirma que el único procedimiento por utilizar en la ejecución de obras públicas en aeropuertos internacionales, ferrocarriles y muelles, es el que la nueva Ley prevé; esto gracias a una interpretación restrictiva del Artículo 2 antes citado.

A este criterio se le puede criticar su estrechez, ya que limitar a la Administración a un solo procedimiento para la ejecución de estas obras, lleva a una especie de petrificación en la contratación administrativa, lo que podría perjudicar al país a largo plazo, cuando la figura de la concesión de obra pública se haga insuficiente para la satisfacción de las necesidades de orden infraestructural.

En conclusión, se considera acertado afirmar, que la facultad administrativa de utilizar tipos abiertos de contratación, encuentra un límite constitucional en los artículos 121 inciso 14 y 140, inciso 19 de la Constitución Política, ya que el procedimiento utilizado para la ejecución de obras públicas en aeropuertos

internacionales, muelles y ferrocarriles, no podrá implicar nunca una enajenación, gravamen o arrendamiento y cuando la ejecución de la obra implique además la explotación de los servicios públicos que ésta preste, el procedimiento implementado deberá de encontrarse regulado en una ley dictada por la Asamblea Legislativa y en su defecto acudir, a este órgano para la aprobación de cada caso Particular.

También el artículo 2 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos limita esa facultad, al obligar al ente concedente tramitar toda concesión de obra pública de estos bienes demaniales, mediante el procedimiento establecido por esa Ley, lo que según el principio de derogación tácita implicaría una derogación parcial del Artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa en lo que se refiere a la concesión de obra pública de esos bienes, ya que se le estaría impidiendo a la Administración, tramitar dicha concesión mediante otro procedimiento distinto al de la ley antes mencionada.

En cuanto a la tramitación de las obras en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría y sin pretender abarcar el tema, el error no es la implementación de la gestión interesada, puesto que ésta es una figura, que al igual que la concesión, no implica la enajenación, gravamen ni arrendamiento del bien, ya que lo que se da es una asociación entre el particular y la Administración, en la cual ambos participan de los beneficios y los riesgos, pero la obra sigue perteneciendo a la primera. El error se encuentra en el procedimiento reglamentario utilizado, ya que por tratarse de la ejecución de una obra pública con servicio público, éste debería haber sido estipulado por una ley dictada por la Asamblea Legislativa, o en su defecto haber llevado el contrato de gestión interesada ante ese órgano para su aprobación y no por Reglamento Ejecutivo, como en efecto se hizo.

Ahora bien, a pesar de las tendencias y criterios expuestos es propio y necesario determinar un criterio propio sobre la posible inconstitucionalidad de concesionar los puertos, ferrocarriles y aeropuertos.

II. La concesión de los servicios públicos que presta la obra

El Artículo 1° de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, introduce la diferencia entre la concesión de obra pública y la concesión de obra pública con servicio público.

En la concesión de obra pública, se le encarga al particular la construcción, reparación, ampliación, planificación, financiamiento o conservación de una obra pública, mientras que en la concesión de obra pública con servicio público, además se le encarga al particular la explotación de la obra.

En la legislación anterior no se entablaba tal diferencia, sino que se consideraba que en toda obra pública se entregaba, además de la ejecución de la misma, la explotación de servicio que ésta prestaba, como medio para que el concesionario viera retribuida su actividad.

Con el pasar de los años, el legislador se percató de que no toda obra pública presta un servicio público susceptible de ser explotado por el concesionario, por ello, en la nueva ley se plasmó tal distinción.

Es importante señalar que hasta este momento no se ha descrito cual es la problemática. El centro de la cuestión radica en el Artículo 140, inciso 19, que establece que todo contrato administrativo no estipulado en el Artículo 121, inciso 14 deberá ser sometido a la aprobación de la Asamblea Legislativa, cuando tengan por objeto la explotación de servicios públicos.

Según tal disposición, todo contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, debería ser sujeto a la aprobación de la Asamblea Legislativa, por tratarse de un contrato administrativo de los no contemplados en el Artículo

121, inciso 14 y por tener como objeto, además de la ejecución de la obra pública, la explotación de los servicios públicos que ésta presta en una etapa posterior.

De nuevo es la Sala Constitucional, quien en el Voto N° 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993, resuelve tal controversia al afirmar lo siguiente:

“... Así pues, una de las formas allí establecidas, obviamente previendo lo difícil y complicado que puede resultar el tener que acudir a la Asamblea Legislativa para la aprobación de cada contrato de concesión individual, es la de una Ley General regulatoria del proceso de contratación, comúnmente conocida como “ley marco”.

En este caso, la Asamblea Legislativa inviste en la Administración Pública la potestad de otorgar concesiones específicas, competencia que, claro está, no comprende la de sustituir del todo la función de la primera, como se dirá adelante. En esta hipótesis, el delegado puede ser cualquier ente del ámbito público - tanto el propio Poder Ejecutivo, órgano normal de la contratación administrativa (art.140 inc.14 Constitución), como cualquier otra entidad descentralizada de la administración pública...”⁴⁵

En esta resolución, la Sala Constitucional resuelve el conflicto, al afirmar que previendo lo engorroso que puede resultar para la Asamblea Legislativa que cada uno de los contratos administrativos mencionados en el Artículo 140, inciso 19, le sean presentados para su autorización, es que ésta puede hacer uso de un mecanismo alterno, la promulgación de una ley general, que englobe la regulación de ciertos tipos de concesión, más comúnmente llamada ley marco.

⁴⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993.

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, es una de las llamadas leyes marco, por ende, cuando se otorgue una concesión de obra pública con servicio público, no se requerirá de la aprobación de la Asamblea Legislativa para adquirir eficacia, porque el legislador ya creó, para tal efecto, una normativa especial que controla y regula el otorgamiento en concesión de los servicios públicos que la obra presta.

2. El Procedimiento

La Sala Constitucional, en el voto 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, establece que: “toda contratación que celebre el Estado, debe tramitarse por medio del procedimiento de licitación”, ya que ésta es la forma más adecuada para garantizar el interés público, que subyace en todo contrato administrativo y que se traduce en la garantía de eficiencia para la Administración y la garantía de igualdad de oportunidades para el administrado que participa en ésta⁴⁶.

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, al regular el contrato administrativo de concesión de obra pública y el de concesión de obra pública con servicio público, establece el procedimiento de licitación como la forma de otorgar la concesión, no de una forma expresa como lo hacía antes sino dentro de su articulado⁴⁷.

En el mismo sentido, el artículo 7, establece que en las contrataciones que se efectúen, se aplicarán los principios enunciados en la Ley de la Contratación Administrativa, sean el de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad, más no así sus procedimientos, ya que en esa ley se plasma un procedimiento de licitación especial para la concesión de obra pública.

⁴⁶ MURILLO A. (Mauro). Contratación Administrativa en el Voto N° 998-98 de la Sala Constitucional, Revista Iustitia, septiembre- octubre, 1998, páginas 14- 142.

El procedimiento llevado a cabo para la adjudicación de una concesión de obra pública, puede resumirse en las siguientes fases:

a. Actuaciones Preparatorias

Los proyectos para nuevas concesiones, podrán ser propuestos por la Administración o por un particular, siempre que éstos respondan a un interés público que lo motive y estén acompañados de estudios de factibilidad técnica, ambiental y económica y de un plan de construcción y explotación.

Todo proyecto de concesión debe contar con un estudio de impacto ambiental, el cual será presentado ante el Ministerio de Ambiente y Energía para que se pronuncie.

También se dará participación a la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, quien deberá pronunciarse respecto de la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste de las tarifas que se incorporaran al cartel.

Una vez realizados los estudios, los cuales deberán ser pagados por el adjudicatario y demostrada la factibilidad del proyecto, se procede a la elaboración del cartel de licitación, que contiene las normas y especificaciones administrativas, técnicas y económicas, elaboradas por la Administración concedente y que definen el objeto de la concesión y los términos del concurso, dicho cartel deberá ser publicado, al menos en resumen, en el Diario Oficial y en dos periódicos de circulación nacional, para que así se entienda iniciado el proceso de licitación.

b. Procedimiento Concursal

⁴⁷ **Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos**, Op. Cit., artículos 20- 29. A lo largo de estos artículos se regula el procedimiento de licitación y adjudicación aplicable a la concesión de obra pública y de obra pública con servicio público.

Las ofertas se presentarán conforme con lo estipulado en el cartel, el hecho de su presentación implica el sometimiento por parte del oferente a las reglas del mismo.

Dichas ofertas serán evaluadas en un primer momento a nivel técnico y posteriormente, una vez retiradas las ofertas que no cumplen con los requisitos técnicos mínimos, se calificará a las ofertas tomando en cuenta un criterio económico.

c. Adjudicación

La concesión se otorgará a quien formule la mejor oferta económica entre las declaradas técnicamente aceptables.

d. Formalización de contrato

El contrato se celebrará entre la Administración concedente y el adjudicatario, quien se encontrará obligado a constituir una sociedad anónima para tal efecto, además deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República.

3. Garantías

Durante el procedimiento de licitación y una vez adjudicado el contrato de concesión, el particular deberá rendir ciertas garantías que de alguna forma aseguren su cumplimiento, las cuales se describen a continuación:

- i. Garantía de Participación: El oferente deberá rendir una garantía que respalde su oferta; una vez aceptada por la Administración, legitima la oferta presentada.

- ii. **Garantía de Construcción:** Antes de suscribir el contrato, el adjudicatario deberá constituir una garantía que respalde que la construcción se efectuará dentro de los parámetros temporales establecidos en el cartel.
- iii. **Garantía de Explotación:** Antes de iniciar la explotación de la obra, el concesionario deberá rendir una garantía que lo respalde ante cualquier anomalía en el servicio prestado.
- iv. **Garantía Ambiental:** De acuerdo con la tendencia moderna de protección al ambiente, el concesionario deberá constituir una garantía que asegure, de alguna forma, que en la ejecución de la obra y en su explotación no se causarán daños al ambiente y de suceder lo contrario, se hará efectiva la garantía.

La falta de constitución de las garantías en tiempo y forma constituye falta grave.

Estas garantías se harán efectivas ante el incumplimiento del oferente o del concesionario, entendiéndose, que esto no exime al concesionario de la indemnización que deberá pagar a la Administración cuando se causen daños o perjuicios no cubiertos por las garantías.

4. Recursos

Los actos dictados por la Administración, durante el procedimiento de licitación, no son inmutables, o sea que el particular sea oferente o licitante, cuenta con medios de impugnación que le permiten cuestionar las decisiones administrativas.

El oferente potencial, puede interponer recurso de objeción en contra del cartel de licitación, cuando considere que de alguna forma se ha violentado el procedimiento estipulado en la ley.

El licitante legitimado, para ser readjudicatario, podrá interponer recurso de apelación en contra del acto de adjudicación, por considerar que las ofertas con calificación superior a la suya, carecen de legitimación para ser adjudicatarias.

5. Régimen Sancionatorio

La Administración cuenta con un poder sancionatorio, que le permite reprimir al concesionario, cuando éste incumple de alguna forma con las obligaciones que le fueron impuestas en el contrato.

Las infracciones cometidas por el concesionario pueden o no poner en peligro al interés público que fundamenta al contrato. De ser leve, el incumplimiento genera una multa, pero si la conducta infractora provoca o puede provocar una lesión al interés público tutelado, se procederá con la ejecución de la cláusula penal, si ésta existiere y de las garantías.

Además, ante un incumplimiento grave, la Administración podría optar por la resolución del contrato.

Las sanciones antes mencionadas, serán aplicables solo en los casos en que el incumplimiento sea imputable al concesionario, por el contrario, si la infracción se produce como consecuencia de una conducta de la Administración, o por encontrarse en presencia de caso fortuito o fuerza mayor, la Ley prevé soluciones distintas a la sanción, como por ejemplo el rescate de la concesión⁴⁸.

⁴⁸ **Lev General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos**, artículos 17 inciso d), 36 inciso b), 58 inciso a); estos artículos le otorgan a la Administración distintas salidas cuando el incumplimiento no le sea imputable al concesionario. Cuando la imposibilidad de cumplimiento se deba a una o varias medidas generales o económicas adoptadas por los Poderes del Estado con posterioridad al contrato, el concesionario deberá rescatar la concesión, pero

6. Extinción del Contrato

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, cuenta con un artículo en el que se enuncian las causales de extinción del contrato de concesión de obra pública.

El artículo 60, de la Ley antes mencionada, se limita a enumerar las causas que pueden provocar la extinción del contrato, pero sin desarrollar cada una de ellas, como sí lo hacía la Ley General de Concesión de Obra Pública de 1994, por lo que el estudio de éstas, que a continuación se realiza, se fundamenta principalmente en elaboraciones doctrinales referentes al tema.

i. El vencimiento del plazo

El contrato de concesión se caracteriza por su temporalidad; es decir todo contrato de este tipo tiene un plazo, el cual se fija con la finalidad de que el concesionario pueda ver retribuida integralmente su actividad.

Una vez cumplido el plazo de la concesión, el contrato se extingue de manera normal, recibiendo la Administración, los derechos y bienes objetos de la misma, en buen estado y funcionamiento, libres de gravámenes y sin costo alguno.

ii. La imposibilidad de cumplimiento

mientras lo acuerda, el concesionario deberá seguir prestando el servicio. Cuando el concesionario se retrase en el cumplimiento de los plazos, y ese incumplimiento sea imputable a la Administración concedente, deberá otorgársele una prórroga. Por último, cuando por caso fortuito o fuerza mayor el concesionario no pueda cumplir con el contrato, deberá suspenderse el contrato mientras dure tal situación.

Cuando el concesionario no pueda cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato de concesión, como consecuencia de medidas adoptadas por los poderes del Estado, se producirá la extinción del contrato.

Esta causal se origina en la idea de la potestad de modificación unilateral del contrato con la que cuenta la Administración, cuyo uso en algunas ocasiones, puede hacerle del todo imposible al concesionario el cumplimiento de las prestaciones a las que se obligó inicialmente.

En este caso, se está frente a una extinción del contrato imputable a la Administración, entendida ésta, no sólo como el ente concedente, sino como cualquier Poder del Estado, por lo que deberá indemnizarse al concesionario.

iii. El rescate

Dromi, define el rescate como una forma de reorganización del servicio público, en la que el Estado asume la prestación o ejecución directa de éste⁴⁹.

Se está presente a una causal de extinción imputable a la Administración, por lo que “si bien son motivos de interés público los que fundamentan el rescate, ello no implica que el concesionario debe soportarlo sin recibir nada a cambio; por el contrario, tiene el derecho a ser indemnizado en los perjuicios que ello le cause⁵⁰.”

iv. El acuerdo mutuo

La Ley establece que el concesionario y la Administración concedente podrían acordar la extinción de la concesión, pero se debe recordar, que será ésta

⁴⁹ DROMI (José Roberto), Op. Cit., página 365.

⁵⁰ JARA (Rosibel) y otro, Op. Cit., página 289.

quien en última instancia apruebe o no tal acuerdo, en virtud del interés público que supone este tipo de contratos.

v. La resolución por incumplimiento grave

A diferencia de la legislación anterior, la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, no contempla la caducidad como una sanción ante el incumplimiento del concesionario, sino que hace referencia a la resolución contractual en virtud de un incumplimiento grave, dejando al cartel de licitación, la enumeración de las conductas que lo constituyen.

vi. Cualquier otra causa que se estipule en el contrato

El legislador, le concede a las partes, la facultad de estipular en el contrato de concesión otras formas de extinción del mismo.

Otra diferencia de la presente ley, con la Ley de Concesión de Obra Pública derogada, es que esta última fijaba el procedimiento que debía seguir la Administración en el caso de que se presentara una de las causales anormales de extinción del contrato de concesión, mientras que la normativa vigente, únicamente menciona que para declarar la resolución, la Administración deberá seguir un procedimiento administrativo.

Sección Cuarta: Particularidades sobre la Concesión de Obra Pública

A. Finalidad:

La figura de la concesión de obra pública tiene por finalidad, tal y como se manifestó líneas atrás, el facilitar a la Administración la infraestructura indispensable para el cumplimiento de sus cometidos.

En otra época, se pensaba que el Estado debía de proveerse a sí mismo de todos los medios necesarios para el cabal cumplimiento de las actividades que le eran encomendadas, pero con la llegada del liberalismo y otros fenómenos como el de la globalización y privatización, se produce una caída estrepitosa en la economía del país, lo que trae como consecuencia, el descuido, por parte de la Administración, de algunas de las actividades que se consideraban propias de ésta.

La labor de infraestructura era considerada deficitaria, es decir, carente de beneficio económico y por ende se dejó de lado. Pero pronto el Estado se percató de la importancia de la misma, como medio para cumplir muchas otras de las necesidades de interés público, así surgió la idea de aplicar en el país la concesión de obra pública, ya que esta figura, permitiría al país, contar con una infraestructura adecuada, sin que la Administración tuviera que desembolsar su costo, el cual sería cubierto por los usuarios de la obra, permitiendo al Estado, disponer de sus pocos fondos en otros proyectos.

La concesión de obra pública se introdujo por primera vez en el ordenamiento jurídico costarricense, en la Ley de la Administración Financiera, ley N° 1279 del 2 de mayo de 1951, la cual en algunos de sus artículos, hacía referencia a esta figura. Posteriormente, el Reglamento de la Contratación Administrativa N° 7576-H del 23 de septiembre de 1977, introdujo alguna normativa al respecto.

Pero para entonces, la regulación existente se hizo insuficiente, lo que llevó al Poder Ejecutivo a solicitar una reforma, vía decreto, al Reglamento antes mencionado, acción que fue rechazada por la Contraloría General de la República,

obligando a dicho ente, a la presentación de un proyecto para la creación de una ley de concesión de obra pública.

La idea tuvo acogida y para 1994, se promulgó la “Ley de Concesión de Obra Pública”, la cual lamentablemente no cumplió con los fines que le dieron origen, motivando el nacimiento de la “Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos” en 1998, la cual, además de pretender solucionar los errores de su predecesora, adecua el trámite de concesión de obra pública a los principios de contratación administrativa, establecidos por la Ley de la Contratación Administrativa, Ley N° 7494 del 12 de mayo de 1994.

En conclusión, la figura del contrato de concesión de obra pública se fundamenta en la idea de procurar al Estado, la infraestructura necesaria para su desarrollo mediante la participación del particular en dicha actividad, en virtud de la incapacidad económica de la Administración para realizarla por sí misma⁵¹.

El autor, AZOFRA VEGAS, analiza la situación de la financiación privada de infraestructuras públicas en España, e indica que los objetivos que ésta persigue pueden ser varios: 1-) El deseo de permitir la realización del interés general, con el menor esfuerzo económico para el erario público, con la vista puesta en la necesidad de cumplir los criterios de convergencia para la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria; 2-) La voluntad de transferir, al sector privado los riesgos económicos de la explotación de ciertas infraestructuras públicas; 3-) La búsqueda de mejorar la eficiencia en la actuación del sector público, algo que puede pasar por encontrar la simbiosis con los comportamientos del sector privado, ya sea, creando nuevos órganos administrativos, que se aspira, funcionen en régimen de actuación semejante al propio de las empresas privadas, permitiendo la atribución de competencias sobre construcción, explotación o gestión de infraestructuras (antes celosamente reservadas a las administraciones públicas), a los agentes

⁵¹ JARA (Rosibel) y otro. La contratación de servicios públicos por particulares. **Op Cit.**, página 254

económicos privados, 4-) La voluntad de dinamizar el sector de la construcción, en cierto declive durante los últimos años.

B. Concepto:

Se puede afirmar que en doctrina, a diferencia de la noción de servicio público, no existe mayor discusión acerca de la noción de la concesión de obra pública, por lo que se ha definido de la siguiente manera:

“... el contrato administrativo por medio del cual el Estado atribuye a una persona determinada, conforme a la ley y el pliego de condiciones, la realización de una obra pública, otorgándose al mismo tiempo al concesionario, el derecho de percibir de los usuarios del servicio que presta dicha obra pública, como contraprestación, y durante un tiempo determinado, una tarifa determinada⁵²”.

“ La concesión de obra pública es un contrato administrativo por el cual el Estado le da al particular por un plazo dado la explotación de una obra pública construida por la Administración Pública o por el sector privado a cambio de una pactada cantidad de dinero que pagarán las personas que utilicen la obra⁵³”.

“... el modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización de la misma, y no paga luego un precio por ella, sino que

⁵² CANASSI (José). Op. Cit., página 619.

⁵³ ROMERO PEREZ (Jorge Enrique), Concesión de Obra Pública. Revista de Ciencias Jurídicas, San José, número 76, septiembre- diciembre, 1993, página 83.

remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado⁵⁴”.

De las definiciones anteriormente anotadas, se puede extraer, una noción propia y afirmar, que la concesión de obra pública es el contrato administrativo mediante el cual la Administración Pública delega, en un particular, la ejecución de una obra pública, quien recibirá como contraprestación el derecho de explotar el servicio público que presta dicha obra y por ende, recibir de los beneficiarios del servicio, una tarifa durante un lapso de tiempo determinado o simplemente, cobrar a los usuarios de la obra una contraprestación por su uso.

De la definición antes apuntada, se afirma que la concesión de obra pública tiene dos fases: la primera, es la ejecución de la obra y la segunda, la etapa de explotación de la obra pública en sí o del servicio público que ésta presta.

C. Diferencia con Otras Figuras:

Tal y como se manifestó anteriormente, la concesión de obra pública presenta dos etapas: la ejecución de la obra pública y la explotación de la obra o del servicio público que ésta presta como medio de retribución.

Es, en cada una de estas fases donde, la figura en estudio puede confundirse con otras formas de contratación administrativa que se le asemejan, en este caso, con el contrato de obra pública y la concesión de servicios públicos.

El Contrato de Obra Pública, se encuentra regulado en la Ley de la Contratación Administrativa en los artículos 57 al 62, sin que aparezca en ese cuerpo, una definición del mismo.

⁵⁴ DORMÍ (José Roberto), **Op. Cit.**, página 485.

La similitud entre ambas figuras se advierte, en que tanto en la concesión de obra pública como en el contrato de obra pública, la actividad encomendada al particular, es la ejecución de una obra pública.

Por lo tanto, la manera en que el concesionario de la obra pública ve remunerado su trabajo que es lo que diferencia a esta figura del contrato de obra pública, ya que en la primera, se le otorga al concesionario el derecho de explotar la obra o el servicio que ésta presta durante un tiempo determinado, percibiendo una tarifa pagada por los usuarios de la misma, mientras que en el contrato de obra pública, la Administración contrata a un particular para que efectúe una obra pública a cambio de un precio, la cual es directamente pagada por la Administración.

En otras palabras, en la concesión de obra pública existe una delegación de facultades propias de la Administración a un particular, para que éste en primer lugar ejecute una obra y luego la explote recibiendo, de los usuarios de la misma, una tarifa; por el contrario, en el contrato de obra pública no existe tal delegación, es una simple “locatio operis”, en la cual, el contratista, debe ejecutar la obra y la Administración pagarla, por lo que los usuarios de la obra no entran en la relación, a diferencia de lo que sí sucede en la concesión⁵⁵.

Respecto de la concesión de servicios públicos, la similitud con la concesión de obra pública radica, en primer lugar, en que ambas son una forma de gestión indirecta de servicios públicos por medio de concesión.

Estas figuras se distinguen principalmente en función de su objeto, ya que mientras en la concesión de obra pública es la construcción de una obra pública,

⁵⁵ BIELSA (Rafael), Op. Cit., página 295, CANASSI (José), Op. Cit., página 602, GARCIA ENTERRIA (Eduardo), Op. Cit., página 664.

en la concesión de servicios públicos, es la gestión de un servicio público. En el primer caso, debido a la forma de financiación de la obra, al concesionario se le puede otorgar la facultad de explotar el servicio público que ésta presta, por su parte, para la ejecución de una concesión de servicio público puede ser necesaria la construcción de alguna obra.

En estos casos, lo que se presenta es una inversión de las relaciones de instrumentalidad; en la concesión de obra pública la prestación servicial es instrumental respecto de la ejecución de la obra; en la de servicio público la realización de la obra está subordinada a la prestación del servicio.

TITULO SEGUNDO: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA Y SU EVOLUCION JURÍDICA EN EL PAIS

En esta segunda parte, se analiza el régimen de concesión de obra pública existente en Costa Rica y su evolución jurídica.

Posteriormente se estudiará la concesión de obra pública en la realidad del país, concluyendo este título con un capítulo referente a la discusión efectiva de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

CAPITULO PRIMERO: LA CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA EN COSTA RICA

Dentro de la actual tendencia y giro político que vive el país, donde el Gobierno trata de buscar la iniciativa e inversión privada en todas aquellas áreas donde sea posible, debido principalmente a la escasez de recursos, al déficit fiscal y el incremento de la deuda, tanto externa como interna, que agobia a los gobernantes y en general a todos los ciudadanos de este país, la perfección efectiva de la figura de la Concesión de Obra Pública, resulta ser un paleativo adecuado para llenar las necesidades de construcción de obras, que el bienestar público y el interés nacional, exige y requiere. Por tal motivo, consideramos importante abocarnos al estudio de la citada figura jurídica, para, con base en ello, poder utilizar un criterio apropiado de la Ley supra indicada.

Sección Primera: El sistema de Concesión de Obra Pública en Costa Rica

Las concesiones en Costa Rica han estado dirigidas y alisadas por el Consejo Nacional de Concesiones, no obstante, este Ente no ha encontrado un norte claro.

Para arribar a lo apuntado líneas atrás, se han analizado las concesiones que se han verificado en nuestro país, sobre esta línea debe considerarse que, a pesar de ser el Consejo Nacional de Concesiones el Ente medular de estos procesos y a más de tres años de su creación, carece de una estructura básica para funcionar y no tiene claro su objetivo, según informó la Contraloría General de la República.

Por otra parte, un aspecto que debe ser considerado en relación al mal funcionamiento del Consejo Nacional de Concesiones, es que muchos de los funcionarios que laboran como consultores, aun conservan sus plazas en el MOPT, con lo que reciben ingresos cuatro y hasta cinco veces más altos que lo normal.

La Entidad, además, carece de personal propio, que le permita trabajar con una estructura básica a nivel administrativo y legal, para avanzar en los distintos procesos que debe desarrollar para concretar, con éxito, Concesiones de Obra Pública.

El personal que integra el Consejo y lo asesora, en gran parte, ésta conformado por funcionarios de la extinta Dirección de Concesión de Obra Pública del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, contratados en calidad de consultores.

Esa condición, hace que los funcionarios se desempeñen como consultores en el Consejo Nacional de Concesiones y conservan sus plazas en el MOPT, pues están con permisos sin goce de salario.

La única plaza creada y aprobada es la del secretario técnico, que cuatro veces, durante los últimos tres años, ha cambiado de mando, advierte el órgano contralor.

El tema de las consultorías contratadas, no sólo a funcionarios del MOPT, sino a otros consultores externos por el Consejo Nacional de Concesiones, es parte del otro informe que está en proceso en la Contraloría General de la República, advierte el estudio que analizó su situación actual.

El referido informe cita que el Consejo estaba advertido desde 1998 de la impropiedad de contratar personal bajo esa modalidad, pero las actas correspondientes a 1999 revelan que se contrató todo tipo de servicios.

Esa y otras características que muestra el Consejo, son consecuencia de la falta de cumplimiento de requisitos, documentos y trámites que debe hacer ante otros entes públicos, para conformar su estructura básica, contratar personal y contar con recursos.

En materia de objetivos y metas tampoco el Consejo está bien, pues le falta aclarar y precisar el papel que debe cumplir. Lo expuesto en esta materia requiere afinamiento, pues tal y como se plantea, su papel puede ser el de otro órgano.

Al considerar la situación que enfrenta este Órgano, surgen las siguientes interrogantes para la Contraloría General de la República:

¿Podrá dar el Consejo cumplimiento a la rendición de cuentas sobre sus actuaciones?.

¿En qué términos se propone un ambicioso programa de proyectos por desarrollar, si no ha cumplido con lo necesario para contar con una estructura y recursos que le permitan funcionar?.

El Consejo Nacional de Concesiones está en problemas, pues no se ha podido concretar con éxito, ningún proyecto bajo esa figura.

La lista de proyectos en los que trabaja el Consejo Nacional de Concesiones tampoco está clara, pues existen diferentes listados que no son coincidentes entre sí. A esto, hay que sumar el hecho de que se anuncian otros proyectos a la opinión pública.

Al órgano contralor le preocupa que, como los procesos están en manos de consultores, no existan responsables de los trabajos en curso. Por ello, considera que con urgencia se debe conformar una estructura administrativa básica.

A parte de lo anterior, otro aspecto que ha restado eficacia a la figura de Concesión de Obra Pública, es la falta de certeza de los oferentes a concesionar sobre lo que está a derecho y sobre lo que, previsiblemente, será en el futuro. Esta inseguridad jurídica, se da cuando un empresario transparente consigue un contrato y después, la administración concedente, decide modificar las cláusulas contractuales. Esta situación se presenta cuando la Administración, en algunas ocasiones, interpreta el interés público como mejor le parece. Así, conforme lo expuesto, podemos concluir que el hecho de que buenas leyes no funcionen, produce el mismo efecto que malas leyes.

Los problemas indicados, muchas veces se dan porque las Instituciones del Estado no hacen las consultas respectivas antes de adoptar una disposición o decretar algún reglamento que pueda afectar la inversión en el país. Y, cuando finalmente la Procuraduría se pronuncia, es cuando ya ese acto ha surtido efectos; entonces, si la Procuraduría fuera consultada previamente, podría evitarse esa diferencia de criterios.

Cuando la Administración induce a error a un inversionista, se debe sentar la responsabilidad del Estado. Sin embargo, las empresas tampoco están libres de pecado, porque si una empresa realiza un contrato (con la Administración), que evidentemente no se ajusta a la Legislación Nacional, el problema es distinto pues en algún momento tendrán que enfrentarse con la ley. Pero cuando un funcionario público legitima ese tipo de actuaciones, éste comparte la responsabilidad con el empresario.

Los problemas descritos eventualmente se traducen en falta de financiamiento o altos intereses, pues un banco podría cobrar tasas de interés más altas por considerar que el riesgo de invertir en el país es mayor.

Otro aspecto, que le resta eficiencia al sistema de concesiones en Costa Rica, es el hecho de que los Tribunales costarricenses han dictado algunas sentencias contradictorias, que han generado cierta inseguridad jurídica.

Por los hechos apuntados, Costa Rica es el país centroamericano que presenta más sectores reservados (o sea que no pueden participar inversionistas extranjeros), entre estos sectores pueden citarse licores, telecomunicaciones, hidrocarburos y agua.

Ahora bien, el sistema de concesiones en Costa Rica también tiene algunos aspectos altos o relevantes que se espera, se traduzca, en una mejora en la infraestructura nacional a corto plazo. Los citados aspectos, también se espera, sean traducidos a favor del usuario en un acceso a corto plazo a carreteras de buenas especificaciones, comodidad y seguridad vial, disminución en costos de operación del transporte. En lo referente al sector financiero, los beneficios que se esperan, se traducen en nuevos negocios con tasas de rentabilidad competitivas, y garantías del Estado que los convierte en inversiones de bajo riesgo.

Por ultimo, en cuanto al sector de la construcción, se espera, se puedan traducir los beneficios en flujo de caja, permanente control de costos, gestión eficiente de las obras, generando reactivación del sector.

Sección Segunda: Evolución jurídica

Anteriormente la regulación normativa más precisa y concreta en nuestro ordenamiento jurídico, relativa a la concesión de obra pública, la encontrábamos

en el numeral 195 del Reglamento de la Contratación Administrativa anterior a la vigente, que sobre el particular disponía:

“Artículo 195.- La Concesión de Obra Pública sea aquella respecto a la cual el concesionario se compromete a construir una obra, a darle mantenimiento y a explotarla, cobrando normalmente a los usuarios un estipendio por un tiempo determinado, en vez de demanda un precio alzado directamente de la Administración, requiere de la ley especial que la autorice. En el evento de que la Ley respecto a trámites que autoriza tal procedimiento resulta omisa y en cuanto pertinentes, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del presente Reglamento, relativas a la licitación pública y a contratos de obra”⁵⁶

Obsérvese, como de acuerdo con el artículo citado, nuestra Legislación exigía que la Concesión de Obra Pública, así como todo lo atinente a ella, es decir, descripción de la obra a realizar, cartel de licitación, escogimiento del concesionario, formalización del contrato, etc., debía hacerse mediante ley especial y sólo en forma supletoria remite al Reglamento de Contratación Administrativa, lo cual, constituía un obstáculo que reprimía cualquier intención de la administración de utilizar éste instrumento, para la realización de obras públicas; dado el tortuoso camino que conlleva la tramitación de una Ley en nuestro país, situación que dio lugar a que, en la practica, este tipo de contratación no se utilizara ni se concibiera como un medio efectivo para solventar las necesidades públicas en este sentido.

Si bien, el procedimiento de Concesión de Obra Pública tornaba engorroso y poco práctico, una contratación de esta naturaleza, su fundamento lo constituía

⁵⁶ Ver, Romero Pérez Jorge, Ob. Cit. p.323.

el hecho de que ningún contrato administrativo o privado puede ser ley para terceros, es decir, sus regulaciones no podían alcanzar a quienes no son parte en él por intención propia, sino es por medio de una norma anterior y superior que así lo ordene; que será la verdadera afectante de los terceros, por lo que el alcance de los efectos contractuales a terceros, debe necesariamente, derivarse de normas jurídicas,⁵⁷ razón por la cual, si en la Concesión de Obra Pública será un particular el titular del servicio por un tiempo determinado, es imprescindible, una Ley que así lo autorice, en el entendido, de que los ciudadanos que concurren a esa obra, se verán afectados por esa relación existente y obligados a acatar las directrices que el concesionario imponga, para la prestación del servicio encomendado; por ello, era ineludible, la necesidad de que una Ley anterior regule y prevea esa situación.

A los efectos de solventar ese vacío y a la vez salvar el obstáculo que representaba esa afectación de terceras personas por la suscripción de un contrato administrativo, fue que se promulgó la LEY GENERAL DE CONCESION DE OBRA PUBLICA, la cual, al tener carácter de regulación legislativa genérica, sienta las bases para este tipo de contrataciones y prevé de manera general las obligaciones, derechos y deberes de los terceros que pudieran verse involucrados o afectados por un contrato administrativo de esta naturaleza; lo cual hacía innecesaria, la promulgación de una Ley especial y específica para cada Concesión de Obra Pública que se pretendiera instaurar, aspecto que constituyó un avance significativo y sumamente importante para nuestro Ordenamiento Jurídico.

La legislación en examen, realizaba una regulación general de todo lo atinente a la contratación, regulación y ejercicio de una Concesión de Obra Pública, desde el procedimiento de contratación para el cual se dispuso la licitación pública, como adjudicación, recursos, así como, las especiales

⁵⁷ Ver, Romero Pérez Jorge, Ob. Cit. p.323.

regulaciones que el concesionario debe observar al realizar la explotación del servicio público, sus derechos y deberes en este sentido, hasta las formas de terminación de la concesión y el rescate de la obra por parte de la Administración Pública.

Como se desprende de lo expuesto en páginas atrás, existe un criterio bastante unívoco en doctrina o al menos mayoritario, de lo que se entiende por Concesión de Obra Pública, de ahí que sus fundamentos generales y directrices básicas serán siempre los mismos, variando únicamente de acuerdo a la obra de que se trate, lineamientos que en su parte esencial fueron recogidos por la nueva Legislación que regula, de manera general esta materia, sobre todo en lo atinente a los derechos, obligaciones, facultades y deberes; tanto del concedente como del concesionario, en lo que se refiere a la explotación de la obra a realizar y primordialmente a aspectos de solidez financiera del concesionario.

Este fue también uno de los criterios motivadores que sustentaron el proyecto de la Ley en comentario, donde se adujo, que sin desconocer las particularidades del contrato de Concesión de Obra Pública, su regulación en lo esencial no difería de otros contratos administrativos en lo que toca al procedimiento de licitación pública, de ahí que se seleccionara éste, como el procedimiento a utilizar para la selección del concesionario.

La ley en exposición empieza por definir el instituto de la Concesión de Obra Pública y no se limita a regular lo concerniente a la explotación de la obra como lo hacía la anterior Ley de Concesión de Obra Pública, sino que, además regula lo relativo a derechos y obligaciones de las partes (Administración Concedente, Concesionario y Usuarios), lo relativo a licitación y adjudicación, etapas del contrato y régimen aplicable. Esta ley establece, de manera categórica, que la Administración mantendrá el derecho de propiedad de la obra pública y la titularidad en la prestación del servicio (artículo 4); especifica en qué casos no puede darse en Concesión una Obra Pública y dispone un régimen especial de

concesión para los servicios públicos complementarios o esenciales, situados en ferrocarriles, muelles y aeropuertos, pero sobretodo, nos parece conveniente e importante citar el artículo 2, en el cual establece lo siguiente:

“Artículo 2.- “Toda obra y su explotación son susceptibles de concesión cuando existan razones de interés publico”.

Entonces, este propósito se cumplirá con la prestación del servicio público, según los siguientes principios: conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución.

A nuestro juicio, esa norma representa el objetivo primordial al cual debe tender toda Concesión de Obra Pública, y el parámetro ineludible para evaluar la prestación que está llevando a cabo el concesionario.

Asimismo, resulta importante mencionar que la Ley establece plazos máximos para la explotación de la Concesión, uno genérico de cincuenta años; el cual estipula el cumplimiento de requisitos como estudios técnicos, tanto de impacto ambiental.

En cuanto a la fijación de la tarifa a cobrar al usuario, dispone el artículo 41 que la misma será estipulada en el cartel, o sea, que es el propio Estado quien, vía cartel, la establece y por último, es importante tratar que esta Ley dispone todo lo relativo a garantías y rescate del bien.

Consideramos que la Ley en referencia, es una respuesta a la necesidad actual, de todo Estado, de contar con todos los instrumentos a su alcance para realizar una buena gestión y minimizar el gasto público.

Como es bien sabido, una de las cosas que en el futuro más se recuerda de las Administraciones, es su aporte de obras al país, sin embargo, ello también

implica la inversión de sumas multimillonarias, razón por la cual, será sumamente provechosa la participación de la iniciativa privada en este sentido, para lo cual, uno de los medios más óptimos, es la Concesión de Obra Pública. No obstante, somos del criterio, que las contrataciones que en este sentido se pretendan promover, como por ejemplo: la de los ferrocarriles, aeropuertos o muelles deben valorarse y tramitarse con sumo cuidado, con análisis profundo y con la participación de expertos y estudiosos en la materia de que se trate, pues podría, eventualmente producir preventas y privilegios para ciertos sectores de la sociedad y empobrecimiento para la gran mayoría, es decir, debe tratar de preverse de manera especial y significativa, el que no se cometan abusos de esta institución y sobre, todo que los futuros concesionarios cumplan con el principio que expresamente señala el citado artículo 2 de la Ley, así como los siguientes principios:

Generalidad: El servicio público es para todo aquel que lo requiera.

Igualdad: Todos tienen derecho a un trato igual en el servicio, donde una de sus manifestaciones es el precio o tasa, que no se puede alterar para unos y otros.

Regularidad: El servicio debe prestarse ajustado a una reglamentación, a un régimen técnico preestablecido.

Continuidad: No deben ocurrir interrupciones ni detenciones o alteraciones del servicio.⁵⁸

En síntesis, creemos necesario que la contratación por vía de la Concesión de una Obra Pública se lleve a cabo de una forma muy seria y apegada a la Ley, para que sea posible aplicar este Instituto en la realidad de manera conveniente y ajustada al interés público, por lo que consideramos que el triunfo o fracaso de la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos depende de los

⁵⁸ Fernández Germán, Ob Cit. pp.4-7

beneficios o pérdidas que una contratación como ésta, le depare a la sociedad costarricense.

Finalmente, es menester reiterar, que la Concesión a la que nos hemos estado refiriendo, es una Institución que ha sido utilizada en muchos países como un medio efectivo para dotar de obras públicas a la ciudadanía, con un mínimo gasto para los gobiernos.

Es por ello, y sobre todo, debido a la desmejorada situación económica y fiscal que enfrenta el país, que se hace necesario revitalizarla, para que el gobierno, por su medio pueda afrontar con éxito la realización de las obras públicas que el país requiere; de ahí que esperamos, que esta compilación ideológica, brinde un importante aporte a la doctrina relacionada con la Concesión de Obra Pública en Costa Rica, pero apelamos al sentido nacionalista de los funcionarios e instituciones encargadas de aplicarla y velar por su fiel cumplimiento, a los efectos de que las contrataciones que por su medio se lleven a cabo, cumplan cabalmente con la satisfacción de las necesidades públicas y sea de provecho para todos los habitantes de este país.

Sección Tercera: La Concesión de Obra Publica en la practica nacional (Caso Marhnos).

Al momento de analizar la figura de la Concesión de Obra Pública en Costa Rica, salta a nuestra memoria el caso de la concesión de la vía que va desde el aeropuerto Juan Santamaría hasta San Ramón de Alajuela, o sea la carretera Bernardo Soto; por cuanto podemos decir que es ésta la primera concesión de gran envergadura que se adjudica en Costa Rica.

Los trabajos iniciaron el 9 de agosto de 1999, pero no avanzaron más de un 20%; el contrato establecía que la obra estaría terminada el 9 de agosto del 2000 y como no ocurrió, el Consejo Nacional de Concesiones (CNC) acordó la rescisión del contrato.

Esta concesión fue suscrita por el presidente de la República, Miguel Angel Rodríguez Echeverría, el Ministro de Obras Públicas, Ingeniero Rodolfo Méndez Mata y por el señor Antonio Greixel Ordorica, representante de Marhnos, como parte del proyecto que impulsa el Gobierno en las mejoras de vías nacionales; sin embargo, contrario a lo que podía esperarse por ser la primera concesión de esta magnitud, la cual pretendía la reconstrucción de 41.36 kilómetros de vía, que sería fabricada en losas de concreto, la misma fue un rotundo fracaso.

Esta situación nos lleva a hacer un análisis del por que de esta mala experiencia, encontrando un primer obstáculo que es la excesiva burocracia que media en este tipo de procesos, sobre este punto debe considerarse que el proceso de adjudicación tardo más de 4 años, debiéndose valorar que, una vez adjudicada la licitación, el contrato suscrito con la empresa mexicana Mariscal Hermanos (MARHNOS), que fue la empresa adjudicada para desarrollar los trabajos fue remitido a la Contraloría General de la República por lo menos dos veces, rechazado, en igual cantidad de ocasiones, su refrendo; rechazo, que según el Órgano Contralor, se debió a que la empresa MARHNOS debía presentar prueba de que, en cuanto se diera la orden de inicio de las obras, el financiamiento para las mismas estaría disponible, no obstante las cartas entregadas por la concesionaria, solo demostraban que existían entidades bancarias estudiando la solicitud de financiamiento solicitada por la empresa MARHNOS.

La empresa no presentó las cartas de apoyo financiero con entidades crediticias para contar con los recursos necesarios que garanticen que cumplirá con la obra, siendo ésta, una condición indispensable que deben ofrecer las

compañías que pretendan adjudicarse este tipo de edificaciones u obras; si bien es cierto, que la firma constructora presentó las solicitudes de crédito planteadas al Banco de Costa Rica y al Banco de Comercio Exterior (Banco-Mex), esto no impidió que la Contraloría, al realizar el estudio, determinará que los entes bancarios no se habían comprometido a brindar el desembolso del dinero; es por tal razón, que la Contraloría se puso a estudiar la petición formulada por Marhnos, para valorar la posibilidad de otorgar el crédito o la garantía respectiva.

Es precisamente esta última consideración, la que nos lleva a concluir, que todo presagiaba que la empresa adjudicada no iba a cumplir con la licitación que habían ganado. Ante este presagio, la Administración estaba facultada para anular el contrato, sin embargo, los jerarcas, tanto del Ministerio de obras Públicas y Transportes como del Consejo Nacional de Concesiones, se empeñaron en continuar con la relación contractual, justificando que la rescisión del contrato podría traer al país más perjuicios que beneficios, pues hacer un nuevo contrato tardaría cerca de año y medio y aumentaría el precio del peaje, y que además esto enviaría una mala señal a inversionistas extranjeros.

Ahora bien, si era claro que existían grandes posibilidades de que la empresa MARHNOS no pudiera honrar lo pactado en el contrato de concesión y si legalmente procedía la anulación del contrato, lo lógico era que fuera ésta la decisión correcta, sin embargo, el no tomar esta decisión, nos lleva a considerar la dimensión política que puede adquirir o incluso que ya ha adquirido la Concesión de Obra Pública en nuestro país, pues más que justificaciones trilladas más bien pareciera, que el contrato firmado con la empresa MARHNOS, no se rescindió desde el primer momento en que la Contraloría deniega su refrendo, porque mediaban injerencias políticas.

Entonces, si la Contraloría no refrendó el contrato con la empresa MARHNOS por motivos atribuibles a incumplimientos económicos del contratista, lo pertinente era resolver el contrato, sin esperar a un segundo intento fallido de

refrendo, incluso, en el momento en que la Contraloría rechaza por primera vez el contrato, lo viable era ejecutar la garantía de cumplimiento, pues así lo preveía no solo el contrato, sino también la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

Otro aspecto, que a nuestro criterio, limitaba la figura de la Concesión de Obra Pública en nuestro país, era la disposición contenida en los artículos 16 y 49, aparte 3, inciso f, de la Ley de Concesiones anterior, número 7404; sin embargo, ésta quedó derogada por la nueva ley 7762, la cual establece que una vez otorgado el refrendo del contrato respectivo, la empresa concesionaria procede a finiquitar el financiamiento.

Así mismo, la nueva legislación establece mayores y mejores posibilidades para que la empresa concesionaria se financie, entre ellas la emisión y venta de hasta 49% de sus acciones. Cualquier operación financiera como el fideicomiso, gravar o dar en garantía los ingresos o las contraprestaciones económicas, todo de acuerdo a lo estipulado en el cartel (arts 46 y 47).

Para poner en marcha esta nueva normativa jurídica, el Consejo Nacional de Concesiones, trabaja con sumo cuidado en la confección de nuevos carteles de licitación, de forma que estos sean flexibles pero que ofrezcan seguridad para la Administración concedente, para los usuarios de la obra e incluso para la misma empresa concesionaria.

Llama poderosamente la atención, el hecho de que el Consejo Nacional de Concesiones (CNC) tenía ofertas de 12 empresas preseleccionadas para competir por la concesión de la autopista General Cañas y que, habiendo solicitado a dichas empresas, los estados financieros auditados por reconocidas firmas internacionales, así como documentos bancarios, en los cuales se debía respaldar que las compañías interesadas en esta concesión eran sujetos de crédito, y el

respaldo fiel del cumplimiento de las condiciones bancarias establecidas para poder financiar el proyecto.

De esta forma, se pretendió evitar los problemas de financiamiento bancario, lo cual no tuvo buen resultado y en consecuencia se experimentó el incumplimiento con la empresa MARHNOS, el cual se origino con los incumplimientos en los plazos de ejecución en la reconstrucción de la Bernardo Soto. Ante esta circunstancia, el CNC está preparado para anular el contrato con MARHNOS, cobrar multas, ejecutar la garantía de cumplimiento y establecer posibles responsabilidades civiles.

Una solución al incumplimiento de MARHNOS es que la reconstrucción de la carretera Bernardo Soto podría ser adjudicada a la empresa que gane la concesión para ampliar la autopista General Cañas.

La intención del Consejo Nacional de Concesiones, en caso de que se rescinda el contrato con MARHNOS, es entregar la rehabilitación de la vía en la misma concesión que se hará para la autopista General Cañas, entonces sería un solo proyecto.

En el contrato con MARHNOS se establecen multas, como castigos; se ejecutará la garantía de cumplimiento por un monto de \$900.000 girada por el Banco de Comercio Exterior de México. Este bono apenas representa el 3,6% de los \$25 millones que costaba inicialmente el proyecto, el primero que se adjudicó al capital privado mediante el régimen de Concesión de Obra Pública. También se está estudiando la posibilidad de otros cobros por daños y perjuicios.

Para calcular el daño, los dineros para reparar la carretera y el costo de mantenimiento, servirán a la Procuraduría, para el cálculo del monto de la demanda que, eventualmente, presentaría el Estado contra la empresa concesionario por los daños causados con el atraso y entrega de la obra.

Este caso de MARHNOS, trae para el país muchos efectos negativos, entre ellos: nos afecta en la imagen con respecto a la comunidad inversionista, por lo trágico de la experiencia.

Para evitar estas situaciones, es necesario que los funcionarios públicos adopten una actitud más rígida cuando se analice un cartel y se haga la adjudicación. No solo se tiene que examinar la legalidad de la concesión, sino que la oferta económica de la empresa interesada, se ajuste a criterios de oportunidad y razonabilidad.

En la cuantificación de los daños para el Estado, se debe contemplar el incremento de gastos que tendrá para el Estado la ejecución del proyecto, también se debe incluir el costo de un nuevo proceso licitatorio, las erogaciones por concepto de reparaciones y mantenimiento de la vía hasta que la asuma el nuevo contratista y la estimación de los montos por peajes no cobrados.

La demanda contra MARHNOS, será por la diferencia que no cubra el bono de garantía de \$1 millón, que dejó la empresa en caso de no cumplir con la obra.

Muchos, son del criterio de que difícilmente el Estado podrá recuperar algo del bolsillo de MARHNOS; ya que la garantía de compromiso de obra fue dada contra una póliza del INS que podría haber vencido y que, además, la firma mexicana no tiene bienes en el país que respondan por sus obligaciones.

También deberán analizar para la demanda contra MARHNOS, las pérdidas por no haber cobrado el peaje durante varios meses y los costos de un nuevo cartel de concesión.

Según un informe entregado por CNC, se dieron incumplimientos en el mantenimiento y ejecución de obras adicionales, esto para mantener niveles óptimos de seguridad y servicio.

Actualmente el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), asumió la reparación de la Bernardo Soto, mientras se otorga, por segunda vez, la concesión de su reconstrucción.

El plan era, que la vía se ampliará a cuatro carriles hasta la intersección con la carretera hacia Atenas conocida como Manolos; para todo esto, la solución que se valora, es incluir la reconstrucción de la carretera Bernardo Soto en la licitación de la construcción de la autopista General Cañas.

Ahora, la empresa asegura que los atrasos no le son imputables, en una carta enviada al CNC, el vicepresidente de MARHNOS, asegura que hay omisiones e incumplimientos de parte de la Administración que incidieron en la ejecución y financiamiento de la obra; cita por ejemplo, la existencia de 72 accesos ilegales a la vía, los cuales permitirían, a muchos usuarios, burlar los peajes, perjudicando, enormemente, la aprobación del financiamiento requerido, por la incertidumbre sobre cuánto dinero recibiría la empresa.

El secretario del CNC, dice, que era responsabilidad de MARHNOS, impedir esos accesos ilegales, además señala, que eso no es causal para que el contratista incumpliera. Indica el secretario, que MARHNOS no obtuvo el financiamiento, que no consiguió varios seguros y no instaló un laboratorio, entre otros aspectos acordados.

Como conclusiones, de la presente exposición, se pueden definir dos situaciones:

- 1) Que no existen los controles necesarios para la calificación de quienes participan en los procesos de licitación, como fue el caso de la carretera Bernardo Soto.

- 2) Que los mexicanos dueños de la empresa MARHNOS, no tomaron con la seriedad el caso, la concesión de la carretera Bernardo Soto, aun y cuando tan importante y necesaria resulta para el país.

CAPITULO SEGUNDO: DISCUSIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA LEY GENERAL DE CONCESIÓN DE OBRA PUBLICA CON SERVICIOS PUBLICOS

En nuestro país, la Concesión de Obra Pública, no había tenido una regulación especial hasta mil novecientos noventa y cuatro. Antes de esta fecha, solo se pueden citar normas de rango constitucional, legal y reglamentario que hacían referencia a este tipo de contrato.

En la Constitución Política, se encuentran los artículos 121 inciso 14, 140 inciso 19 y 182, donde el primero, enumera los bienes demaniales que no podrán salir de ninguna manera del dominio del Estado, los cuales, podrán ser explotados por la Administración o por particulares; de acuerdo con la Ley o mediante la concesión especial otorgada; estos bienes son:

- a) Las fuerzas de las aguas del dominio público.

- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo y cualquier otra sustancia hidrocarburada, así como los depósitos de minerales radioactivos que existieren en el territorio nacional.

- c) Los servicios inalámbricos.

En el mismo inciso, se estipula que los aeropuertos nacionales, mientras se encuentren en servicio, los muelles y ferrocarriles no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados directa o indirectamente, ni salir de forma alguna del dominio y control del Estado.

El artículo 140, inciso 19, establece la necesidad de que todo contrato administrativo, que tenga por objeto la explotación de servicios públicos, debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa.

Por último, el artículo 182, determina que en todo contrato de ejecución de obras públicas, deberá efectuarse mediante un proceso de licitación.

También de la Ley de la Administración Financiera de la República, N° 1279 del 2 de mayo de 1951 y sus reformas, junto con el Reglamento de la Contratación Administrativa N° 7576-H, del 23 de septiembre de 1977, publicado en el Alcance N° 153 a “La Gaceta” N° 202 del 26 de octubre de 1977, regulaban, en algunos de sus artículos y de forma somera, la figura de la Concesión de Obra Pública como tal.

Ante la insuficiencia normativa al respecto, en mil novecientos noventa y uno, el Poder Ejecutivo gestiona la modificación de los artículos 194 y 195 del Reglamento de la Contratación Administrativa, artículos que obligaban a la Administración a recurrir a la promulgación de una ley especial para cada una de las Concesiones de Obra Pública en las que estuviera interesada, a lo cual, la Contraloría General de la República se opone, basando su argumentación en dos ideas⁵⁹, las cuales son:

- a) El instituto jurídico de la concesión de obra pública, no puede ser legitimado únicamente por vía de reglamento, o sea, se necesita de una ley que legitime su existencia.
- b) Para que la Asamblea Legislativa no tenga que intervenir en cada caso concreto, aprobando el otorgamiento de la concesión, debe de estructurarse un marco legal, que sirva de soporte jurídico a la actividad administrativa que

⁵⁹ Contraloría General de la República, Oficio N° 9637, 30 de julio de 1991.

interesa. En otras palabras, el ente contralor de lo que hablará, es de la necesidad de una Ley de Concesión de Obra Pública.

Este es el marco constitucional, legal y reglamentario que se encuentra para el año mil novecientos noventa y uno, año en el que el Poder Ejecutivo presenta ante el órgano legislativo, un proyecto para la creación de una Ley de Concesión de Obra Pública.

Como se dijo anteriormente, la figura de la Concesión de Obra Pública, no se encontraba totalmente desarrollada antes de mil novecientos noventa y cuatro, año en el que la Asamblea Legislativa decreta la primera ley marco referente al tema, la Ley General de Concesión de Obra Pública. Esta Ley es derogada pocos años después por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos de mil novecientos noventa y ocho, la cual, pretendía subsanar los errores de la ley derogada y de esta manera, lograr la eficiencia que la anterior Ley no había alcanzado.

A continuación, veremos ambas normativas, la materia regulada, las razones que produjeron su nacimiento, y en el caso de la primera su fracaso, así como los problemas que la ley vigente presenta⁶⁰.

Sección Primera: La Ley General de Concesión de Obra Pública

El ocho de agosto de mil novecientos noventa y uno, el entonces Presidente de la República, Lic. Rafael Angel Calderón Fournier, junto con el Ministro de la Presidencia, Ing. Rodolfo Méndez Mata, presentan ante la Asamblea Legislativa, el primer proyecto de Ley General de Concesión de Obra Pública.

⁶⁰ El estudio realizado a continuación, se fundamenta en un análisis de los expedientes legislativos de la Ley General de Concesión de Obra Pública N° 7329 del 15 de marzo de 1993, de la Ley General de Concesión de Obra Pública N°7404 del 18 abril de 1994 y de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos N°7762 del 14 de abril de 1998.

Esta figura contractual se torna importante para el Ejecutivo, quien ante la escasez de recursos públicos, encuentra en la Concesión de Obra Pública, una manera de llevar a cabo las obras de infraestructura que requiere el país a partir del financiamiento privado.

En la exposición de motivos, el Poder Ejecutivo manifiesta que el proyecto surge “como una respuesta a una sentida necesidad de corregir la regulación contenida en el artículo 195 del Reglamento de la Contratación Administrativa, en virtud de la cual, cada contrato de concesión de obra pública requiere de ley especial que la autorice” ⁶¹, lo que obviamente llevó a una inaplicación de esta figura. Siempre dentro de la exposición de motivos, el Poder Ejecutivo presenta este proyecto de ley por recomendación de la Contraloría General de la República, quien como ya se explicó, dictaminó negativamente, la reforma vía decreto que se pretendía realizar a dicho reglamento.

Consideran, quienes presentaron ante el ente legislativo esta propuesta, que el contrato de Concesión de Obra Pública, en su regulación esencial, no difiere de la de otros contratos administrativos reglados en la Ley de la Administración Financiera de la República y en el Reglamento de la Contratación Administrativa, puesto que lo único novedoso en él, respecto de los otros contratos administrativos, era la forma de pago, ya que la obra no es pagada directamente por la Administración, ni por empréstito ni por presupuesto, sino mediante un estipendio pagado por los usuarios, o bien, percibiendo otro tipo de compensación, por lo que se limitan a regular, de manera particular, como aspectos típicos de este contrato el plazo, la forma de pago y las limitaciones de orden constitucional.

⁶¹ Expediente Legislativo de la Ley General de Concesión de obra Pública N° 7329 del 15 de marzo de 1993, folio 2.

El proyecto de ley propuesto contaba con catorce artículos, de los cuales, únicamente siete conformaban una normativa novedosa, puesto que el resto se limitaba a hacer referencia a la ley y al reglamento antes citados.

Fueron varios los tópicos tratados durante la discusión del proyecto de la Ley General de Concesión de Obra Pública, casi todos, tendientes a mejorar la propuesta del Ejecutivo, la cual, desde un inicio, fue considerada insuficiente en relación con la trascendencia de la figura que se pretendía regular.

A. La discusión del proyecto

Algunos de los puntos discutidos por el legislador fueron:

1. El Concepto

El artículo 1°, del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo, contenía un intento de definición de la figura, entendiendo a la Concesión de Obra Pública como “aquella contratación administrativa mediante la cual el concesionario se compromete a construir una obra o bien a reparar o ampliar una existente y financiar por su cuenta y riesgo los costos respectivos, sin que ello implique empréstito a favor de la Administración, percibiendo, como contraprestación, el derecho de explotar la obra por un tiempo limitado, cobrando normalmente a los usuarios un estipendio, o bien, percibiendo otro tipo de compensación por la inversión efectuada⁶².

En un primer momento, el legislador encontró inconveniente dar una definición del instituto en cuestión, principalmente por razones de técnica legislativa, porque el problema de las definiciones es que generalmente en la doctrina no existe un acuerdo total respecto de lo que se debe entender por

⁶² Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley N° 7329, Folio 2.

determinada figura, por ello, en el primer texto sustitutivo, no se definió la figura de la Concesión de Obra Pública, sino que ésta, podía deducirse a través de la normativa que la regula.

Pero la posición legislativa anteriormente descrita tiene una corta existencia, puesto que las intervenciones de la Procuraduría General de la República y de la Contraloría General de la República, le permiten al legislador optar por un concepto de Concesión de Obra Pública.

El entonces Procurador General, Lic. Adrián Vargas Benavides, definió a la Concesión de Obra Pública como “un sistema de contratación particularizado por la modalidad del pago del precio. La Concesión de Obra Pública implica la intervención directa del concesionario en la explotación de la obra”⁶³, según este criterio, la Concesión de Obra Pública cuenta con dos momentos:

- 1) El de construcción de la obra.
- 2) La concesión para la explotación de la misma, como forma de pago del concesionario.

Por su parte, la Contraloría General de la República, establece como elementos definitorios de la Concesión de Obra Pública, fundamentalmente tres aspectos:

- 1) La construcción de una obra nueva.
- 2) La reparación o la 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,

⁶³ Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, folio 292.

más una utilidad prevista, mediante la explotación del uso de esa obra durante un plazo determinado.

Es así, como el artículo 1 de la Ley General de Concesión de Obra Pública define esta figura de la siguiente manera: “el instituto jurídico de derecho público mediante el cual el Estado encarga a una persona la ejecución de una obra y le transmite, temporalmente, los poderes jurídicos necesarios para que la explote, por medio del pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios, con la autorización, control y vigilancia, pero por cuenta y riesgo del concesionario”.

El artículo 3, de la ley en cuestión viene a clarificar lo que debe entenderse por ejecución de una obra, además de establecer quienes son los legitimados para entregar una obra en concesión:

“Artículo 3: El Poder Ejecutivo, los entes descentralizados y las municipalidades pueden otorgar concesiones para la construcción, reparación, ampliación, conservación y restauración de obras públicas y su correspondiente explotación, con base a las disposiciones de esta ley”.

En el artículo 5, el legislador exceptúa del régimen de concesión de obra pública, aquellas obras en que con su otorgamiento se limiten los derechos fundamentales de libre tránsito, la salud y la educación o que constituyan bienes fundamentales para el resguardo de la soberanía o de la seguridad de la nación, así como obras que puedan afectar la libertad, la tranquilidad o la seguridad de los habitantes. Tampoco, podrán concesionarse los bienes en los que el Estado tenga exclusividad o monopolio en la prestación del servicio.

Esta definición, a su vez introduce otro de los temas discutidos a saber, la contraprestación del concesionario.

2. La Contraprestación

En un primer momento, a la contraprestación que recibiría el concesionario como pago por la obra realizada, fue llamada estipendio por quienes presentaron el proyecto de ley, luego, gracias a la intervención de especialistas en la materia de contratación administrativa, se introdujeron las nociones de tarifa y peaje. El peaje, es entendido por la Licda. Marina Ramírez Altamirano, como la contribución o pago que el concesionario tiene derecho a exigir de los administrados que utilizan la obra, reservándose la tarifa para los casos en los que la obra pública no permite el pago de un peaje, tal es el caso de un acueducto⁶⁴.

La ley, antes citada, llama al pago de la obra contraprestación o tarifa, por lo que el legislador, haciendo caso omiso de lo recomendado, desecha la noción de peaje.

Un punto importante, el cual fue del todo rechazado por el legislador, fue la idea de la concesión anómala, la cual se encuentra en el artículo 1 del proyecto, que le permitía al concesionario recibir otro tipo de compensación por la inversión efectuada. Esta figura, implica encargarle a un concesionario, la ejecución de una obra y, como contraprestación, se le permite explotar otra obra o servicio de la Administración Pública, lo que para el legislador representaba un instituto que podría implicar una serie de abusos.

Dentro de este tópico, fue analizada por el legislador, la posibilidad de la modificación de la contraprestación pagada por el usuario. Al respecto, se concluyó, que la contraprestación establecida por el concesionario en su oferta

⁶⁴ Expediente Legislativo de la Ley General de Concesión de Obra Pública, **Op. Cit.**, Folio 531.

inicial debe ser respetada, pero una vez puesta en marcha la concesión, la Administración podría modificarla de acuerdo con los parámetros establecidos en el cartel de licitación y en el contrato de concesión. La Cámara Costarricense de Construcción por su parte, manifestó que esa potestad podría llevar a la inoperancia de la figura, ya que la hace poco atractiva para el particular concesionario, por lo que las modificaciones deberían de ser automáticas de acuerdo con un índice, sugiriendo ésta, el valor del dólar como parámetro.

Tal sugerencia no fue asumida por el legislador, quien en la ley en estudio, mantuvo la facultad indelegable de la Administración de modificación unilateral de las condiciones del contrato cuando así lo motive el llamado interés público, incluida la tarifa dentro de éstas, ante lo cual, el concesionario no podría negarse a seguir prestando el servicio, pero la Administración debía indemnizarle o subvencionarle si la afectación altera el equilibrio económico financiero de la concesión. En cuanto a la contraprestación, para que la Administración la modificara, necesitaba del visto bueno del Servicio Nacional de Electricidad y de la Contraloría cuando se tratara de una municipalidad concedente. En cuanto al concesionario, éste únicamente podrá solicitar la modificación tarifaria cuando demuestre que el equilibrio económico financiero del contrato ha sido afectado.

La idea de la contraprestación, conduce al análisis del tópico del plazo, ya que según el legislador, serán éstos dos puntos los que servirán como elementos determinantes en la adjudicación de la concesión.

3. El Plazo

En el proyecto del Ejecutivo se fijaban cincuenta años como plazo máximo del contrato, posteriormente éste fue reducido a veinticinco años, contados a partir del momento en que la Administración recibía la obra a su entera satisfacción.

Para la Procuraduría General de la República, un plazo tan largo como lo era cincuenta años no deberá ser la regla, sino una excepción controlada por la Asamblea Legislativa, puesto que entregar, a un particular, la explotación de una obra por tanto tiempo, podría acarrear problemas lo más conveniente sería reducirlo y en cada contrato, determinar además, el plazo en razón de la naturaleza de las obras.

En contra, se argumentó que al disminuir el plazo de la concesión, se obliga a que en principio la contraprestación sea más alta, ya que el concesionario deberá distribuir el costo en menos años, lo que perjudicaría al usuario.

4. La Participación del Empresario Costarricense

La Cámara Costarricense de Construcción planteó, ante el órgano legislativo, su preocupación ante la llegada del empresario extranjero, que vendría a monopolizar la ejecución de las obras públicas mediante concesión, ya que cuentan con una capacidad financiera mayor, lo que les permitiría efectuar mejores ofertas económicas.

El entonces Ministro de Obras Públicas y Transportes, afirmó que las empresas nacionales cuentan con la capacidad técnica y financiera para asumir algunos de los proyectos y que de todas formas, el capital extranjero por lo general se apoya en empresas locales para efectuar la obra, lo que significaría un aumento en las fuentes de trabajo.

Por su parte, el Sindicato de Trabajadores del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, externo su temor frente a la ley en cuestión, ya que su aprobación implicaría una reducción en las actividades que ellos prestaban, lo que podría producir el despido de los trabajadores, que ya no serían de utilidad. Además, los trabajadores del MOPT, solicitaron se les permitiera obtener un permiso sin goce de salario, con la finalidad de participar en la ejecución de alguna de las obras

concesionadas, petición que fue plasmada en el artículo 22 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas⁶⁵.

5. La Cesión de los Derechos del Concesionario

Fue objeto de discusión, entre los legisladores, la introducción de las figuras de la subcontratación, cesión, fideicomiso y gravamen de los derechos del concesionario.

En un principio, la subcontratación era aceptada únicamente para casos muy calificados, siempre que ésta no excediera el cincuenta por ciento del negocio.

Este tope, perjudicaba a los capitales extranjeros dispuestos a financiar obras de este tipo pero sin la capacidad técnica para efectuarlas, por lo que acudirían a la subcontratación, la que, en la mayoría de los casos, beneficiaría a los empresarios nacionales.

En virtud del argumento antes esgrimido, es que el artículo 14 de la Ley General de Concesión de Obra Pública, va autorizar la subcontratación, siempre y cuando el concesionario indique en su propuesta quiénes efectuarán la obra, los que junto con el concesionario, serán solidariamente responsables. Además, se establece una preferencia de subcontratación a los empresarios nacionales.

En cuanto a los derechos y obligaciones del concesionario y por ende de los subcontratistas, el legislador estableció que éstos no podrán ser cedidos, gravados o fideicomitados, por el interés público que los motiva.

⁶⁵ Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, **Op. Cit.**, Folio 585.

Tampoco, podrá celebrarse ningún convenio de usufructo, arrendamiento, administración total o parcial sobre los bienes objeto de la concesión, sin el consentimiento previo y expreso de la Administración y la aprobación de la Contraloría General de la República, por cuanto estos bienes pertenecen al Estado.

6. El Ambiente

Acorde con la tendencia proteccionista del ambiente, el legislador se preocupó por introducir dentro de la ley, la obligación del concesionario de responder por todo daño que le ocasione a la naturaleza, siempre que éste no se encuentre previsto en el contrato y que no sea razonable, necesario o inevitable.

7. Controles, Garantías, Sanciones e Intervención Temporal

Una de las mayores preocupaciones del legislador, respecto del proyecto presentado por el Ejecutivo, fue la carencia que éste presentaba de medios idóneos para garantizar la correcta ejecución y explotación de la obra, por lo que se dieron a la tarea de elaborar un sistema de controles, garantías y sanciones al que se vería sometido el concesionario, tanto en la etapa de ejecución como en la de explotación de la obra.

Al respecto, el legislador concluyó, que sería el contrato y el reglamento los que especifiquen los controles especiales a los que se vería sometido el concesionario, quedándole a la ley únicamente, la tarea de enunciar los controles de tipo general que se pondrán en marcha, tanto en la etapa de ejecución de la obra como en la de su explotación, controles que se realizarán mediante inspección, informes solicitados por la Administración al concesionario, así como por las quejas y reclamos presentados por los usuarios.

En general, la Administración deberá someter al concesionario a un control fáctico y de legalidad. El primero, le permite conocer al ente concedente, la forma en que se está ejecutando la obra, manteniendo los bienes y cómo se está prestando el servicio público. Por su parte, con el control de legalidad, se verifica que el concesionario ajuste sus actuaciones a todas las normas, tanto las constitucionales como las legales, reglamentarias y contractuales.

En cuanto a las garantías, el legislador consideró adecuado imponer al concesionario, la obligación de rendir garantías de participación y de cumplimiento, de conformidad con la Ley de Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, esto con la finalidad de garantizar la realización y finalización de la obra.

Por último, el legislador encontró conveniente, que la ley estipula un régimen de sanciones específicas para los concesionarios que incumplan con sus obligaciones contractuales⁶⁶, así como la introducción de la figura de la intervención temporal sea total o parcial, por parte de la Administración, cuando el concesionario incumpla el contrato y con ello perturbe el servicio público que se le ha encargado ejecutar, pero dicho incumplimiento no amerita resolver el contrato porque se trata de una situación transitoria que afecta al concesionario, que al cesar, le permitirá continuar con la prestación del servicio, indemnizando a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados⁶⁷.

8. Procedimiento

En cuanto al tema del procedimiento, no hubo mayor discusión por parte del legislador, se estableció, al igual que para los contratos administrativos regulados en la Ley de la Administración Financiera de la República y el reglamento de la Contratación Administrativa, el procedimiento de adjudicación de la concesión

⁶⁶ Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, **Op. Cit.**, Folios 80-91.

⁶⁷ Idem, Folios 996-1000.

mediante licitación pública, la cual, en un principio, fue apenas enunciada, pero posteriormente el legislador se dio a la tarea de desarrollarla, estableciendo el contenido mínimo del cartel, así como la posibilidad de licitar con base en un anteproyecto conceptual por desarrollar por el adjudicatario, quien deberá presentar el proyecto definitivo y los criterios que se van a tomar en cuenta para la selección del concesionario.

9. Formalidades

Por tratarse de un contrato administrativo en el que el interés público se encuentra necesariamente vinculado, el legislador encontró que el contrato de concesión de obra pública, debía ser sometido a una serie de formalidades para, de alguna manera, garantizar su cumplimiento.

Es así como el artículo 10 de la Ley General de Concesión de Obra Pública, establece que cuando se realice un contrato de este tipo, deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República, publicado en “La Gaceta” y formalizado en escritura pública ante un Notario del Estado e inscrito en una sección especial del Registro Público.

El punto de mayor preocupación para el legislador, fue el relativo al otorgamiento del contrato en escritura pública, ya que por tratarse de contratos de montos muy altos, implicaría elevados honorarios para el notario que se contratara para ello, asunto que resuelven imponiendo que estos contratos deben de formalizarse ante una Notaría del Estado⁶⁸.

10. La Concesión de Obra Pública en Aeropuertos, Muelles y Ferrocarriles

⁶⁸ Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública. **Op. Cit.**, Folios 915-918.

Al respecto, el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política de Costa Rica, señala:

“Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: 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) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;
- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;
- c) Los servicios inalámbricos;

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

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

Esta norma, se recoge en el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo como una norma eco, es decir, como una norma idéntica, mientras que en los subsiguientes proyectos substitutivos, la norma constitucional fue recogida pero atenuada, ya que en un primer momento se estipuló que no podía ser objeto de concesión los ferrocarriles, muelles y los aeropuertos nacionales que se encuentran en servicio, mientras que si podrán someterse a este tipo de contrato, las secciones destinadas a servicios privados o de índole comercial de estos bienes, en donde no se ejecutarán servicios de carácter público; para luego autorizar la concesión de estos bienes, siempre y cuando, se trate de nuevas instalaciones y la Asamblea Legislativa lo apruebe.

El tema fue objeto de cuestionamiento por parte del legislador, quien incluso sometió el punto a consulta ante la Sala Constitucional, la cual en la resolución 3789-92, de las 12 horas del 27 de noviembre de 1992, analiza la norma en cuestión y concluye que el artículo 121 inciso 14 contiene tres normas distintas. La primera, habilita a la Asamblea Legislativa para decretar la enajenación o aplicación a usos públicos, de los bienes propios de la nación. La segunda, establece cuáles bienes no podrán salir definitivamente del dominio estatal, pero que podrán ser explotados por la Administración o por particulares siempre que exista una ley que lo regule o mediante concesión especial. La última, es una norma referida a los aeropuertos, muelles y ferrocarriles, los cuales no podrán enajenarse, gravarse ni arrendarse, directa o indirectamente, ni salir de forma alguna del dominio y control del Estado.

En el proyecto de ley, las primeras dos normas se recogen como normas eco, el punto de discusión es la posibilidad de entregar en concesión obras públicas tendientes a la construcción, reparación, mantenimiento y ampliación de aeropuertos, muelles y ferrocarriles, por lo que la Sala centra su análisis en este asunto. Así, llega a la conclusión, de que el significado del vocablo enajenación, arrendamiento y gravamen difieren del de concesión, el cual implica entregar al particular la explotación, por un tiempo determinado, de una obra pública como

contraprestación por el trabajo realizado, permaneciendo dentro de la esfera de poder y control del Estado, el que incluso mantiene amplios poderes de control y fiscalización, por lo que la obra no sale directa ni indirectamente del dominio y control de éste.

Concluyen, los magistrados de la Sala Constitucional, que no existe impedimento constitucional que obstaculice la posibilidad de entregar en concesión este tipo de bienes y que la Asamblea Legislativa podrá facultar al Poder Ejecutivo para que otorgue estas concesiones, sin que sea necesario una aprobación de ésta para cada caso, pues se entiende que ha dado una autorización general que se plasma en una ley marco, refiriéndose a la Ley General de Concesión de Obra Pública.

El pronunciamiento antes descrito, produjo fuertes discusiones en el plenario legislativo. Un sector, se adhería al criterio de la Sala, por ende se consideraba que al utilizar la figura de la concesión, la Administración mantenía la titularidad del derecho de propiedad de la obra y de la prestación del servicio público, por lo que era factible, autorizar la concesión en aeropuertos, muelles y ferrocarriles.

En cambio, otro sector, combatía la resolución citada, aduciendo que la Sala Constitucional había realizado una interpretación demasiado amplia de la Constitución, ya que el artículo 121 inciso 14 es muy claro al enunciar en primer lugar, cuáles son los bienes demaniales que pueden ser explotados por la Administración o un particular y en segundo, cuáles son los bienes que definitivamente están fuera del marco de disposición de la Administración.

Por último, se encuentra una posición intermedia, que estando de acuerdo con el criterio del ente constitucional, critica el hecho de que se limite la posibilidad de entregar en concesión aeropuertos, muelles y ferrocarriles ya existentes y que

se someta a la aprobación de la Asamblea Legislativa un contrato que ya está autorizado por ésta en la ley marco.

Luego de esta discusión, el legislador plasma parcialmente en la Ley General de Concesión de Obra Pública lo recomendado por la Sala Constitucional, transcribiendo el último párrafo de la norma constitucional cuestionada y autorizando muelles y aeropuertos, siempre y cuando se tramite de acuerdo con esa ley y sea aprobada por la Asamblea Legislativa.

B. El Funcionamiento de la Ley

La Ley General de Concesión de Obra Pública, fue vista en su momento, como un instrumento novedoso y atractivo, pero en la práctica presentaba serios problemas, ya que se basaba en un modelo construido a partir de una idea de desconfianza hacia la Administración y por ende, llevó a la instauración de múltiples controles previos que impedían la eficiente aplicación de la ley.

En abril de 1994, trece meses después de publicada la Ley General de Concesión de Obra Pública, el Poder Ejecutivo presenta un proyecto de ley de reforma, el cual pretendía modificar cuatro artículos⁶⁹, ya que “lamentablemente, la

⁶⁹ El proyecto de ley proponía la reforma de cuatro artículos:

- a-) El artículo 4: Se adiciona un párrafo que establece la obligación del concesionario de presentar un estudio de impacto ambiental.
- b-) En el artículo 8: Se exceptiona la prohibición al contratista de ceder, fideicometer o gravar sus derechos y obligaciones, autorizando la cesión, fideicomiso y gravamen de los derechos de cobro de los ingresos de la concesión.
- c-) En el artículo 13: Se reforma, de manera tal, que se autoriza a la Administración para licitar, con base en un anteproyecto conceptual.
- d-) En el artículo 42: Se establece, que la falta de reglamentación de la ley, no retrasa su aplicación.

Ley de la manera en que fue aprobada, no es operativa, por lo que se hace imperativa su modificación⁷⁰”.

Este proyecto tuvo un trámite acelerado, lo que impidió cualquier discusión sobre éste. Es así, como en mayo de 1994 es aprobado, apareciendo bajo el número de Ley 7404, del 3 de mayo de 1994.

Para 1996 el legislador se percató, de que aunque recientemente reformada la Ley General de Concesión de Obra Pública, ésta no era operante y además su procedimiento se fundamentaba en la Ley de la Administración Financiera de la República y en el Reglamento de la Contratación Administrativa, normativas que habían sido derogadas por la nueva Ley de la Contratación Administrativa, lo que hacía necesaria una nueva reforma.

Sección Segunda: La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos

En enero de 1996, apenas veintiún meses después de reformada la ley anterior, el Poder Ejecutivo presenta un nuevo proyecto de ley, el cual modificaba veinte artículos, derogaba seis y adicionaba uno.

La reforma se solicita, dada la necesidad de asimilar la legislación referente a la concesión de obra pública, con los principios generales de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N° 7494, la cual centró su atención en la búsqueda de eficiencia y celeridad en condiciones de transparencia, igualdad de oportunidades y libre competencia.

El proyecto presentado por el Ejecutivo, más que una propuesta de modificación de algunos artículos, es una reforma integral del régimen de concesión de obra pública, la cual pretende equilibrar tres aspectos

⁷⁰ Expediente de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N° 7404, folios 2-7.

fundamentales: en primer lugar, el interés de la Administración concedente, entendido éste como la satisfacción del interés público; en segundo lugar, el interés de los potenciales beneficiarios y de los grupos financieros, para lo cual se busca instaurar mecanismos transparentes para la selección del concesionario por parte de la Administración concedente y garantías para los acreedores, por medio del procedimiento, para ser posible la recuperación de la inversión realizada, sin dejar de lado, el riesgo inherente a esta figura y por último, interesa satisfacer el interés del usuario, de manera que puedan tener acceso a servicios u obras que el Estado se encuentra incapacitado para suministrar, velando siempre porque los principios del servicio público sean respetados.

A continuación, se estudiarán los puntos de mayor relevancia discutidos en el plenario legislativo en referencia a la presente ley:

A. La discusión del proyecto de ley de reforma

Varios fueron los tópicos discutidos en el plenario legislativo. De seguido se estudiarán aquellos que causaron mayor controversia y que funcionan como parámetros de comparación respecto de ley predecesora:

1. El Concepto⁷¹

En un primer momento, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la República, le critican al proyecto de reforma presentado, que no se distingue en él, la diferencia entre la concesión de obra pública y la concesión de servicio público, dando por un hecho, que una comprende a la otra, olvidando la especificidad de estos institutos, así como los bienes que se pretende regular, ya que si bien, tradicionalmente se ha

⁷¹ Contraloría General de la República, Oficio 6484-CO, 3 de junio de 1996
Contraloría General de la República, Oficio 318-CO, 20 de octubre de 1997
Contraloría General de la República, Oficio OJ-068-97, 18 de noviembre de 1997

considerado que toda concesión de obra pública lleva implícita la prestación de un servicio público, es mediante la explotación de éste, que el concesionario ve remunerado su trabajo, noción que actualmente ha sido superada, entendiéndose que existen obras públicas que no prestan servicio público alguno que pueda darse en concesión, lo que llevará a incluir otras formas de remuneración.

Además, en cuanto a la concesión de servicios públicos, debe recordarse que no todo servicio público puede ser dado en concesión, ya que debe de ser prestado directamente por el Estado, tal es el caso de los servicios de defensa y seguridad.

Las observaciones emanadas de estos entes son parcialmente asimiladas, lo que hace aparecer en escena un texto sustitutivo elaborado por la Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo (CINDE), en la que se pretendía regular, en una misma normativa, a la concesión de obra pública, de obra y de servicio público, o de servicio público⁷², a lo cual tanto la Contraloría de la República se opusieron, al considerar, que del análisis de la reforma propuesta, se extrae que ésta lleva y regula la materia correspondiente a la concesión de obra pública y no a la de servicio público, por lo que sería imposible considerarla una ley marco para la concesión.

Por último, el legislador responsable, toma en cuenta las observaciones efectuadas a los diferentes textos presentados para su análisis, lo que lleva a la promulgación del Artículo 1 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, el cual lleva a cabo una diferenciación entre la concesión de obra pública y la concesión de obra pública con servicios públicos, diferencia que se traduce en la forma en que el concesionario verá remunerado su trabajo; en el primer caso mediante contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio, o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente y en segundo caso, en la Concesión de Obra

⁷² Contraloría General de la República, Oficio 318-CO, **Op. Cit.**, página 7.

Pública con Servicio Público, mediante la explotación de los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o beneficiarios del servicio o de contrapartidas pagadas por la Administración.⁷³

Además, el proyecto pretende autorizar la concesión de obra pública tendiente no sólo a la realización de una obra nueva, sino también a la modificación, ampliación, conservación y mantenimiento de las ya existentes, lo que vendría a satisfacer la inquietud surgida durante la discusión de la Ley General de Obra Pública, en la que se cuestionó abiertamente, la norma que prohibía la posibilidad de dar en concesión obras públicas ya existentes, ya que si la Sala Constitucional en la resolución N0 3789-92 había afirmado, que mediante la aplicación de una ley marco, podría darse en concesión toda obra pública, nada impedía que se permitiera, en esa ley marco, tanto la concesión de obras nuevas como las ya existentes, criterio que en el año 1992 no fue tomado en cuenta, pero que le legislador de 1996 asume, consciente, del problema de infraestructura nacional, el cual no solo requiere de la creación de nuevas obras, sino también de la reparación, mantenimiento y ampliación de las que ya están construidas.

Lo anterior denota un cambio en la ideología del legislador, el que en un principio, se negaba a aceptar la posibilidad de entregar en concesión obras públicas ya existentes, posiblemente como consecuencia al temor común en esa época de que, autorizar tal concesión, podría implicar una especie de privatización de las obras de infraestructura pertenecientes al Estado, temor que con el transcurso de los años, poco a poco ha sido superado, permitiendo al legislador entender que la satisfacción del interés público debe estar por encima de cualquier

⁷³ El Doctor Fernando Garrido Falla considera que toda concesión de obra pública implica la concesión de un servicio público, existe la concesión de obra pública pura y simple, en la que la obra es pagada por el usuario de la misma mediante la llamada tarifa, mientras que a la vez existe la concesión de obra pública con servicio público, en la que el concesionario ve retribuido su trabajo mediante la concesión que le otorga el ente concesionario de la obra, de la explotación del servicio que ésta presta. De igual forma piensa el Doctor Frank Moderne, quien afirma que “la concesión de obra pública, se aplica para aquellas obras en las que es el usuario quien paga al concesionario, como es el caso de las carreteras, en las que el usuario paga la tarifa; mientras que existe un tipo de concesión de obra pública, en la que la contraprestación del concesionario en la entrega en concesión del servicio público que presta la obra realizada”. Entrevista realizada al Doctor Fernando Garrido Falla y al Doctor Frank Moderne en el “Seminario Internacional de Justicia Constitucional. X Aniversario de la Sala Constitucional”. Organizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Llevado a cabo en el Hotel Corobicí, San José, del 20 al 22 de octubre de 1999.

temor, por lo que si el Estado se encuentra incapacitado para satisfacerlo, debe acudir a otros medios, que permitan al administrado, ver satisfecho su interés y a la Administración seguir funcionando.

2. La Contraprestación

El concesionario recibirá como contraprestación por las obras ejecutadas y los servicios prestados, cuando se trate de una concesión de obra pública con servicio público, el precio, la tarifa o el aporte convenidos, así como los otros beneficios expresamente estipulados en el cartel.

En cuanto al precio o tarifa, al igual que la ley anterior, ésta será pagada por el usuario de la obra o por el beneficiario del servicio, pero en esta nueva normativa, se pretende garantizar al concesionario, la recuperación de su inversión y su rentabilidad, cosa que la Ley General de Concesión de Obra Pública no hacía.

Al legislador, le interesa otorgar transparencia y garantías al empresario privado que pretende invertir en el país y por ello, se preocupa de confeccionar un sistema de fijación y reajuste tarifario que permita satisfacer, tanto el interés público, como el privado del concesionario.

La tarifa o precio se va a fijar en el contrato de concesión y ésta podrá ser modificada únicamente de acuerdo con las metodologías de revisión fijadas en el cartel de licitación, ya que el legislador, de acuerdo con la asesoría brindada por los consultores chilenos, doctores Dolores Rufián y Álvaro González⁷⁴, determinó que la regulación de la tarifa, debe ser efectuada contrato a contrato, en función de las características propias de cada uno.

Los aportes serán entregados por la Administración al concesionario y podrán ser en dinero, bienes en calidad de usufructo o mediante deuda subordinada. Deberán ser previstos en el contrato de concesión, siendo la intención del legislador,⁷⁵ que éstos sean otorgados solamente cuando se trate de una obra de mucha importancia social pero de dudosa viabilidad económica, que obligue al Estado a garantizarle al concesionario, la recuperación de su inversión y una rentabilidad justa; esto porque se supone, que el instituto de la concesión, se aplica dada la impotencia económica del Estado para satisfacer una determinada necesidad pública, debido, a que lo que se trata, es que el Estado se limite a sus funciones básicas.

Por último, el concesionario puede verse beneficiado con ciertos beneficios tributarios, lo que, de alguna forma, incentivaría la inversión de los particulares.

Pero así, como la nueva ley introduce aspectos novedosos en cuanto al régimen tarifario, la introducción de los aportes y los incentivos fiscales, también se regulan nuevos costos de la concesión, ya que además del pago de los gastos por concepto de expropiación y por los estudios realizados ya regulados en la normativa anterior, el concesionario deberá realizar ciertos pagos a favor de la Administración: un canon por la explotación de la concesión; el pago por concepto de inspección y control del contrato y los que se originen en la entrega de bienes que se utilizarán en la concesión, montos que, a la Procuraduría General de la República, le preocupa se conviertan en una carga para el usuario, ya que de no existir una correcta regulación, podrían incrementar la tarifa,⁷⁶ preocupación que el legislador no toma en cuenta, puesto que únicamente dispone, que el dinero proveniente de estos pagos, ingresarán en el Fondo Nacional de Concesiones, sin tomar en cuenta, la introducción del pago de estos rubros, dentro de las

⁷⁴ Expediente de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Op. Cit., Folios 110ss

⁷⁵ Idem, Folios 123-134

⁷⁶ Procuraduría General de la República, Oficio OJ-068-97, Op. Cit.

obligaciones del concesionario, lo que podría incrementar la tarifa o precio en detrimento de los intereses del usuario.

3. El Plazo⁷⁷

En cuanto al plazo de la concesión, tanto los consultores chilenos como la Contraloría General de la República, recomendaron al legislador, que la fecha de inicio de la concesión, debía ser a partir del momento en que el contrato fuere válido y eficaz, en lugar del sistema implementado en la legislación anterior, en la que el plazo de la concesión, daba inicio el día en que la Administración recibía la obra a su entera satisfacción.

Lo anterior, con la intención de incentivar al concesionario, para que cumpla y reduzca el plazo de la construcción de la obra, porque construyendo rápidamente, puede iniciar la etapa de explotación antes de lo previsto, implicando esto, un plazo mayor de explotación, debido a la reducción del período constructivo y por ende iniciar la recuperación de la inversión con una mayor antelación.

Además, el hecho de fijar de esta forma el inicio del plazo de la concesión, hace posible que las obras puedan ser utilizadas por etapas, lo que llevaría al cobro de tarifas parciales, beneficiando esto, tanto al concesionario como al usuario, al primero por las razones antes expuestas y al usuario porque la tarifa sería menor y la obra funcionaría antes de tiempo.

Las opiniones expuestas, fueron tomadas en cuenta por el legislador de manera parcial, quien en el artículo 56 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, fijó como fecha de inicio de la concesión, la que se indique en el contrato y no cuando éste sea válido y eficaz, como lo señalaron

⁷⁷ Contraloría General de la República, Oficio 318-CO. **Op. Cit.**

los expertos. Lo que sí se consideró, fue la idea de que el plazo de la concesión, debía incluir el de la etapa de construcción.

Otra variante, que introduce el congresista respecto del plazo, es el aumento del plazo máximo, ya que en la Ley General de Concesión de Obra Pública, éste era de veinticinco años; mientras que en la legislación actual, es de cincuenta años, este cambio se efectuó, considerando que existen algunas obras cuyo plazo debe ser mayor en virtud de su elevado costo económico y que, de tener que distribuirlo en un plazo de veinticinco años para retribuir al concesionario, implicaría la necesidad de implementar tarifas o precios muy altos, lo que ocasionaría un menoscabo en los intereses del usuario de la obra.

4. La Sustitución del Concesionario

La Procuraduría General de la República, en el oficio OJ – 068 – 97, del 18 de noviembre de 1997, objeta el proyecto de ley presentado, ante esta autoridad, para su estudio, por considerar que en éste se autorizaba al concesionario, entregar en garantía los derechos de la concesión y que los acreedores de éste, podían subrogarse estos derechos en caso de remate provocado por el incumplimiento del concesionario deudor, lo que provocaría la desaparición de una de las características fundamentales de este tipo de contrato, el ser un contrato “*intuitu personae*”, en el que el concesionario es elegido en virtud de su condición personal.

El razonamiento, anterior cruzó en el pensamiento del legislador, quien dispuso que el concesionario no podrá enajenar, fideicomisar ni gravar los bienes y derechos adquiridos por cualquier título y que se encuentren al servicio de la concesión y por ende incorporados a ésta, salvo que medie consentimiento por parte de la Administración concedente. En cambio, los ingresos que resulten de la explotación de la concesión, podrán ser gravados o dados en fideicomiso, sin necesidad de autorización de la Administración a la cual, solamente se le deberá

de comunicar siempre y cuando, se trate de un endeudamiento, que tenga por motivo, el garantizar las obligaciones derivadas de las operaciones financieras necesarias para ejecutar el contrato de concesión y no sobrepase el límite máximo de endeudamiento fijado en el cartel de licitación.⁷⁸

Además, en el Artículo 62 de la Ley,⁷⁹ el legislador soluciona el problema planteado por la Procuraduría General de la República, al disponer, que solamente podrán ser rematados en un proceso de quiebra contra el concesionario, proceso de quiebra, que se inicia en virtud de la cesación de pagos, que implica la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el concesionario, o cuando el concesionario abandona, de hecho o de derecho, la explotación de la obra o se resuelve el contrato, en las empresas o consorcios empresariales que cumplan con los requisitos señalados en el cartel para ser concesionario.

5. Eliminación de Controles Previos

El proyecto de ley presentado ante la Asamblea Legislativa para su discusión y aprobación, tiene por principal característica el hecho de eliminar los controles previos,⁸⁰ ejercidos por la Contraloría General de la República, por considerar que éstos entorpecían el adecuado desarrollo de la adjudicación de la concesión, lo cual, la hacía menos atractiva ante los ojos de los financistas privados, que tendrían interés en invertir en la infraestructura del país.

⁷⁸ **Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.** Op Cit., Artículos 3 y 47.

⁷⁹ Idem, Artículo 62.

⁸⁰ En la Ley General de Concesión de Obra Pública, **Op. Cit.**, Artículos 4, 8, 17, 24 y 35, se establecen diversos tipos de controles previos ejercidos por la Contraloría General de la República: autorización de los acuerdos municipales que aprobaban el trámite de una concesión; la aprobación de los convenios de usufructo, arrendamiento, administración o explotación sobre los bienes objeto de la concesión; autorización de la ampliación del plazo para la terminación de la obra, cuando se presente caso fortuito o fuerza mayor; el dictamen previo acerca de la instalación de servicios de distinta índole de los expresados en el cartel y la realización de la diligencia de inspección e inventario y aseguramiento de bienes, cuando se produzca la extinción de la concesión. Todos estos controles, fueron eliminados en la nueva ley al respecto de la Contraloría, pero en su mayoría, fueron mantenidos dentro de las potestades de inspección y control de la Administración concedente.

Por ello, uno de los puntos discutidos por este ente y por la Procuraduría General de la República, fue el hecho, de que en el proyecto se manejara la idea, de que la Contraloría General de la República debía aprobar el cartel de licitación, lo que implicaría un contrasentido, porque estaría imponiendo un nuevo control previo, control, que más bien, se trata de eliminar.⁸¹

La Contraloría general de la República, considera que su papel dentro del proceso de concesión de obra pública, debe limitarse a ser un contralor “a posteriori”, ante el cual se presenten los recursos de objeción al cartel y de apelación de la adjudicación.⁸²

Las recomendaciones efectuadas por dichos entes, fueron tomadas en cuenta por el legislador, quien limita el papel del Órgano Contralor dentro del proceso de la concesión, estableciendo que será, ante esta autoridad, que se presenten y se resuelvan los recursos de objeción al cartel y de apelación de la adjudicación, recursos que se podrán presentar, en el primer caso, por todo interesado o su representante que consideren que se produjeron vicios en el procedimiento, y en el caso de la apelación, por un sujeto que se encuentre legitimado para ser readjudicatario y que considera que las ofertas de mejor calificación que la suya, carecen de legitimación para ser adjudicatarios.⁸³

6. Régimen Institucional⁸⁴

⁸¹ Expediente de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, Folios 772-801. Cuadro Comparativo Proyecto de Ley General de Concesiones Públicas.

⁸² Contraloría General de la República, Oficio N° 347-CO, 25 de noviembre de 1997.

⁸³ Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, Artículos 34 y 35.

⁸⁴ Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, Artículos 5-14. Expediente de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios públicos. **Op. Cit.**, Folios 110ss

En la discusión de este punto, de nuevo participan los asesores chilenos Dolores Rufián y Álvaro González, quienes consideran que debe crearse una autoridad única encargada de la licitación, adjudicación y supervisión de los proyectos, ya que sin una sola entidad que realice estas funciones, permite la acumulación de conocimiento respecto del tema, conllevando a una homogeneidad, tanto cuando se licita, como cuando se supervisa y controla el contrato, lo que a su vez provoca estabilidad, punto que es ampliamente considerado por aquellos que pretenden invertir en el país.

Consideran, los consultores, que este órgano debe ubicarse dentro de un ministerio técnico, siendo el más adecuado, dado el conocimiento acumulado, respecto a la infraestructura del país, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

El proyecto sustitutivo estudiado por el legislador, contenía la figura de la Coordinadora Nacional de Concesiones y la ubicaba como un ente adscrito al Ministerio de la Presidencia; al respecto se pronunciaron la Contraloría general de La República y la Procuraduría General de la República, considerando la primera que dicho ente debía ser adscrito al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, ya que es a este ente, al que le corresponde velar porque los programas de inversión sean compatibles con las previsiones y el orden de prioridad establecido en los planes nacionales de desarrollo; además, considera el ente contralor, que es necesario establecer cuál es el objetivo fundamental de la Coordinadora y que las contrataciones, que ésta realice, deberán sujetarse a la ley de Contratación Administrativa.

Por su parte, la Procuraduría General de la República, recomienda que se enuncie cuál es el fin de la creación de este órgano, además, le preocupa la inconstitucionalidad de la norma que autoriza el manejo del Fondo de Concesiones, el cual podría chocar con el principio de unidad presupuestaria.

En la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, se crea el Consejo Nacional de Concesiones, inspirado en la idea de la Coordinadora Nacional de Concesiones, el cual, será considerado un órgano de desconcentración máxima con personalidad jurídica instrumental para efectos de administrar el Fondo Nacional de Concesiones y hará celebrar los convenios y contratos relativos a sus funciones, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Además, la ley regula, la forma en que estarán integradas, sus atribuciones⁸⁵, y la creación de la Secretaría Técnica y sus respectivas funciones, la cual estará a cargo de un Secretario Técnico.

En general, este órgano tendrá a su cargo velar por la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos y procedimientos administrativos que realice la Secretaría Técnica; así como aprobar, rechazar o modificar los carteles de licitación de las concesiones; además adjudicar y suscribir los contratos respectivos, cuando le corresponda. También, le competen algunas funciones de orden interno, tales como la aprobación de presupuestos, el informe de la auditoría y el del Secretario Técnico, el cual será nombrado por este ente.

7. El procedimiento

En cuanto al procedimiento para la adjudicación de la concesión, el legislador tuvo que modificar lo establecido en la ley anterior, para adaptarlo a los principios establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, de manera tal, que la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos,

⁸⁵ El legislador le atribuye dentro de las funciones del Consejo Nacional de Concesiones, el velar por la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos y procedimientos administrativos que realice la Secretaría Técnica, esto lo que viene es, a absorber la función del llamado Consejo de Garantes, el cual era una idea manejada en uno de los textos substitutivos, creado con la finalidad de garantizar y promover la transparencia de los actos y procesos administrativos, el cual estaría integrado por miembros de la sociedad civil y por el Defensor de los Habitantes, idea que fue rechazada por la Procuraduría, por considerar que ya existe un órgano con competencia suficiente para controlar las actuaciones de la Administración y que, en última instancia, las funciones de ese ente, estarían referidas a las de la Coordinadora, por su parte la Contraloría, considera que en su composición, podría estar discriminando a los funcionarios públicos. Por otra parte, los consultores chilenos, encuentran que más que un Consejo de Garantes para garantizar la transparencia del proceso de concesión, lo que podría implementarse son comisiones por contrato. Cuadro comparativo Proyecto de la Ley General de Concesiones Públicas, Expediente de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, Folios 110ss.

introduce un procedimiento similar al régimen de contratación administrativa general, siempre basado en la licitación pública, pero más específico, de acuerdo con las características propias de la figura de la concesión de obra pública.

Dentro de las ideas innovadoras que introduce la nueva ley, es la participación del Ministerio de Ambiente y Energía y de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, dentro del proceso de elaboración del cartel de licitación. La primera Institución, deberá emitir su criterio respecto al estudio de impacto ambiental del proyecto, mientras que la Autoridad Reguladora, funcionará como órgano consultor en lo que se refiere a la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste y control de calidad del servicio que se incluirán en el cartel. A ambos entes, se les otorga un plazo improrrogable para pronunciarse; transcurrido éste, se presumirá la inexistencia de objeciones.

Por último, otra de las nuevas ideas incorporadas al texto de la ley, es la introducción de los proyectos de concesión de iniciativa privada, siempre y cuando el particular presente los estudios necesarios y medie un interés público. El inconveniente encontrado a esta figura, es que el legislador no le entrega, al particular proponente, ningún incentivo más que el ser admitido de pleno derecho a la hora de la precalificación.

8. El Riesgo de la Concesión ⁸⁶

Los consultores chilenos, en la exposición efectuada en la sesión de la Comisión Especial para estudiar el proyecto, “Reforma a la Ley General de Concesión de Obra Pública, N0 7404 del 3 de mayo de 1994”, del 12 de noviembre de 1997, analizaron la incidencia del riesgo en el contrato de concesión de obra pública.

⁸⁶ Expediente de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, Folios 110ss.

Al respecto, afirmaron que el riesgo de construcción es el que se considera usual y por ende el concesionario debe soportarlo. Pero existe la posibilidad de que aparezcan en escena otros tipos de riesgos, a saber geológicos, arqueológicos, ambientales, caso fortuito o fuerza mayor y de expropiación, por lo que el legislador debe tomar medidas precautorias⁸⁷ dirigidas a la incentivación de la inversión, ya que si todo el riesgo se recarga en el concesionario, tal y como se ha venido haciendo, será imposible lograr un incremento en la inversión privada en la infraestructura que tanto necesita Costa Rica, además encarecería la tarifa, lo que perjudicaría al usuario.

En este punto, el legislador no asumió la recomendación dada; por el contrario, establece en el Artículo 36 de la nueva Ley, que las obras se ejecutarán a riesgo del concesionario, por ello le corresponderá efectuar los desembolsos necesarios para su terminación, aunque éstos provengan de caso fortuito o fuerza mayor, salvo que en el contrato se halla pactado que la Administración participe de estos gastos.

9. La Concesión en Aeropuertos, Muelles y Ferrocarriles

En lo que se refiere a la concesión de obra pública de aeropuertos, ferrocarriles y muelles, la ley derogada, autorizaba su implementación únicamente cuando se tratara de una concesión para la construcción y la explotación de nuevas instalaciones, las que debían ser tramitadas mediante el procedimiento que esa ley establecía y aprobadas posteriormente por la Asamblea Legislativa. Además, establecía que serían los servicios públicos complementarios o no esenciales, los que podrían darse en concesión.

⁸⁷ Según los consultores en Chile se asegura un ingreso mínimo al concesionario, lo que incentiva su participación. Idem.

Por su parte, la legislación vigente sobre concesión de obra pública⁸⁸, autoriza la concesión de aeropuertos internacionales, muelles, ferrocarriles y ferrovías, tanto, en los nuevos como en los ya existentes, así como los servicios públicos que en ellos se presten. En el caso de los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, sólo podrán darse en concesión, las obras nuevas o las ampliaciones que en ellas se realicen, pero no las ya existentes.

La constitucionalidad de la autorización, vía ley de la concesión de estos bienes demaniales, ya había sido discutida y afirmada, durante la tramitación de la ley derogada, cuando la Sala Constitucional, en el Voto N0 3789-92, indicó que no habría problema alguno con este tipo de concesión, ya que al utilizar esta figura, el bien concesionado no sale de forma alguna del área de disposición y control del Estado y que, ante la dificultad que puede presentar el acudir a la Asamblea Legislativa para la aprobación de cada contrato de concesión individual, el ente legislativo puede promulgar una “ley marco”, en la que autorice y regule el proceso de concesión.

En la ley vigente, el legislador pretende enmendar los errores de su predecesor; en primer lugar, permitiendo la concesión de las obras existentes en aeropuertos, muelles y ferrocarriles, ya que la ley anterior había negado esta posibilidad, aduciendo razones más políticas que jurídicas, que reflejaban el temor, que tenía el legislador de ese entonces, de que la aplicación de dicho instituto lleva a la privatización de esos bienes.

En segundo lugar, se elimina el requisito de aprobación legislativa de las concesiones que versarían sobre dichos inmuebles, requisito que demostraba de nuevo, la desconfianza respecto de la figura de la concesión y entrababa los proyectos existentes, por lo que en el plenario legislativo se acuerda su

⁸⁸ Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Op. Cit., Artículo 2 incisos 2 y 3.

eliminación; por cuanto, la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos constituye una ley marco, que reemplaza la autorización y aprobación legislativa al regular, en la ley, el procedimiento al que debe someterse todo proyecto de concesión, incluidos los que versen sobre aeropuertos, muelles y ferrocarriles.

Al respecto, en el informe jurídico del Departamento de Servicios Técnicos, se afirmó⁸⁹ la necesidad de establecer, en la ley, cuáles son los servicios públicos susceptibles de ser dados en concesión.

Por su parte, la Contraloría General de la República manifestó:

“Ahora bien, si se entiende que la ley General de Concesión de Obra Pública constituye una ley marco, resulta pertinente incorporar en su texto normas que - aún siendo generales- regulen aspectos básicos en cuanto a las condiciones bajo las cuales debe prestarse el servicio específico de que se trate, así como los controles y vigilancia que debe ejercer la Administración. Esto sin perjuicio de que si se trata de los servicios como los que supone la concesión de ferrocarriles, muelles y aeropuertos se incorpore la normativa concreta que habrá de contemplar tales puntos, con atención a la especialidad de cada uno de ellos.”

Además recomendó, se estudiara el posible roce que podría tener dicha norma con el artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política, que prevé un trámite especial con autorización legislativa para los contratos, que tengan por objeto, la explotación de servicios públicos.

⁸⁹ Expediente de Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, **Op. Cit.**, Folios 53 ss

Es importante recalcar, que el temor legislativo a que la concesión pueda llevar a una privatización, no fue del todo superado por el legislador, quien, en el artículo en estudio, rechaza la posibilidad de concesionar las obras existentes en los muelles de Moín, Caldera, Limón y Puntarenas, lo cual puede extraerse del pensamiento del diputado Teddy Cole Scarlett, quien manifestó:

“Creo que aquí esta en juego mucho de lo que puede ocurrir en Costa Rica a futuro, porque así como estamos buscando concesionar los puertos, mañana también podríamos estar buscando concesionar otras instituciones, sin darles el régimen jurídico, que deberían tener para ser competitivos, con lo cual estaríamos condenándolos de antemano a su desaparición. Si lo que queremos es que desaparezcan, digámoslo con claridad...”

Las observaciones efectuadas al proyecto de ley no fueron del todo tomadas en cuenta, ya que la ley no especifica cuáles de los servicios públicos que estos bienes prestan, pueden ser otorgados en concesión y tampoco se estudio el posible roce constitucional con el artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política.

10.El artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política

El citado artículo 1 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, autoriza la concesión de obra pública con servicio público, en la que además de la construcción, reparación, ampliación o mantenimiento, se concede al particular, la potestad de explotar el servicio público que la obra presta.

Esta autorización pareciera ser de carácter genérico, ya que no se establece cuales son los servicios públicos susceptibles para ser dados en

concesión, razón por la cual el entonces diputado, Dr. Francisco Antonio Pacheco, dictaminó negativamente el proyecto de ley de reforma de la Ley de Concesión de Obra Pública, por considerar lo siguiente:

“En mi criterio, el artículo 140 inciso 19 constitucional, es sumamente claro, en cuanto que los contratos administrativos suscritos por el Poder Ejecutivo, que estipulan la explotación de servicios públicos, deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa, de no ser así, se estaría incurriendo en una violación evidente de la norma constitucional que se cita”.

El criterio, antes transcrito, no fue tomado en cuenta y más bien pareciera que el legislador consideró, que la Ley General de Concesión de Obras Públicas constituye una ley marco, tanto para la concesión de obra pública, como para la concesión de obra pública con servicio público, lo que lo exime de requerir aprobación legislativa.

Una vez analizados los puntos más discutidos en el plenario legislativo, se estudiarán las opiniones y críticas producidas, por la entrada, en vigencia, de la nueva legislación sobre concesión de obra pública.

B. El funcionamiento de la nueva ley

La Ley General de Concesión de Obra Pública, es aplicada por primera vez en las obras de reconstrucción y reparación de la carretera Bernardo Soto, cuya adjudicación fue verificada a tenor del procedimiento establecido por la predecesora de la referida ley, lo que pareciera justificar la razón por la cual, en el mes de febrero del 2000 el Ministerio de Obra Públicas y Transportes, comunico la apertura del proceso de rescisión del contrato, en virtud del atraso en el desarrollo

de las obras por parte del concesionario, producto del incumplimiento de éste en la concesión del financiamiento necesario.

Los errores cometidos en la adjudicación de esta concesión, obedecen, según representantes del gobierno, a la inexperiencia en el manejo de la concesión de obra pública y a la inexistencia de un marco legal adecuado, problemas que los personeros de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones consideran superados actualmente, ya que se cuenta con la nueva Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, que a la vez, prevé la existencia de dicha entidad, la cual cuenta con un personal capacitado en el manejo de concesiones.

Son muchas las obras en las que se planeó aplicar el procedimiento previsto por la nueva ley, obras que involucran diversas instituciones estatales, como JAPDEVA, el Ministerio de Justicia, INCOFER, CENARE, INCOOP, A y A y por supuesto el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

En grado de importancia, la siguiente obra tramitada bajo un procedimiento de licitación, es la carreta San José – Orotina.

En consecuencia, la nueva ley de concesión, es tanto un instrumento para el desarrollo, como una importante atracción a ser explotada por el capital particular.

En un inicio, serán las empresas extranjeras las que se beneficiarán directamente, ya que las empresas nacionales, actualmente, no cuentan con la capacidad técnica y económica para asumir, por sí mismas, los proyectos que la Comisión Nacional de Concesiones está sometiendo a licitación.

Es claro, que el empresario nacional, se beneficiará de manera indirecta, puesto que tiene la posibilidad de aliarse con las empresas foráneas que si

cuentan con la capacidad necesaria para participar, favoreciendo a ambas partes, ya que las compañías del extranjero logran establecer contactos dentro del país y se familiarizan con los procedimientos utilizados, mientras que, según lo dicho por el presidente de la Cámara de Constructores de Carreteras y Puentes, Luis Eduardo Herrera, “el empresario nacional adquiere experiencia en el manejo de las concesiones, lo que a mediano plazo, le permitirá participar de manera individual en pequeñas concesiones, y a largo plazo, en concesiones más grandes, cuando las compañías se desarrollen y tengan mayor posibilidad de créditos bancarios considerables.

Es claramente visible, como la nueva ley a paso lento, pero seguro, se constituye como el instrumento para utilizar por la Administración, para mejorar la infraestructura del país, la cual hoy día es deficiente.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada se extraen resultados importantes, los cuales a continuación se enumeran:

- 1) La concesión de obra pública, es entendida como el contrato administrativo mediante el cual la Administración Pública delega en un particular la ejecución, diseño, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación o reparación, de una obra pública, a cambio de una contraprestación pagada por los usuarios de la obra, cuando se trate de una concesión de obra pública pura y simple, o el derecho de explotar el servicio público que presta dicha obra y por ende, recibir de los usuarios de la misma, una tarifa cuando se esté frente a una concesión de obra pública con servicio público.
- 2) El contrato de concesión, se define como la delegación que hace la Administración, llamada ente concedente, de poderes o derechos que le son propios, a un particular denominado concesionario, para que éste los ejercite en nombre y por cuenta propia durante un lapso de tiempo determinado.
- 3) Se entiende por servicio público, aquella prestación destinada a satisfacer una necesidad colectiva y que es calificado por el ordenamiento jurídico como tal, calificación que además implica una protección.
- 4) Existen diversos tipos de concesión: la concesión de servicio público, la concesión de uso y la concesión de obra pública.
- 5) La obra pública, comprende la construcción total o parcial, la reparación o la ampliación de un bien inmueble perteneciente al dominio público.

- 6) La concesión de obra pública puede, confundirse con otras figuras, como la concesión de servicio público, de la cual se diferencia, principalmente, en razón del objeto, ya que en la primera, será la ejecución de una obra pública, mientras que en la concesión de servicio público, será la gestión de un servicio público.
- 7) Los contratos de obra pública y de concesión de obra pública en realidad son muy semejantes, en el sentido de que el objeto siempre es la satisfacción de una necesidad del Estado y por supuesto del interés público. Sin embargo, la diferencia sustancial radica en que en el primero el Estado debe cubrir con todos los gastos y pagar la obra, en tanto que en el segundo el concesionario se verá beneficiado por el cobro de una tarifa o un peaje, además de otros beneficios.
- 8) Otra figura, semejante a la concesión de obra pública, es el contrato de obra pública, el cual se distingue por la forma de la contraprestación, ya que en el primer caso, es el usuario de la obra o el beneficiario del servicio público, quien retribuye al concesionario, en cambio, en el contrato de obra pública, presupone que será la Administración, quien directamente pagará al co - contratante.
- 9) La concesión de obra pública, se distingue de la gestión interesada, que es una forma intermedia entre la prestación directa del servicio público y la concesión del mismo, ya que en ella, la Administración y un particular, se asocian para la gestión de un servicio, sea la Administración quien explota el servicio a su propio riesgo, pero sirviéndose de un gestor que simplemente participa de los beneficios, o la fórmula inversa, es decir, cuando el particular es quien explota bajo su propio riesgo el servicio, siendo la Administración quien se beneficia de las utilidades.

10) La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, modifica el régimen de concesión de obra pública regulado por la Ley General de Concesión de Obra Pública.

11) Las reformas más importantes introducidas por la nueva ley son las siguientes:

- a) A diferencia de la ley anterior, la Ley General de Concesión de Obras Públicas, se distingue entre la concesión de obra pública y la concesión de obra pública con servicio público, superando así, la idea de que la primera comprende en todos los casos a la segunda, entendiendo ahora que existen obras públicas que no prestan servicio público alguno, lo que llevará a incluir otras formas de remuneración. En ambos casos se está frente a un contrato administrativo, mediante el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual 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 inmueble público. La diferencia entre ambas figuras, radica en la forma en la que le será pagada la obra, la concesión de obra pública pura y simple, se realizará a cambio de una contraprestación cobrada a los usuarios de la obra o de contrapartidas pagadas por el concedente, mientras que en la concesión de obra pública con servicios públicos, se le entrega, al concesionario, la facultad de explotar el servicio público que la obra presta a cambio de una contraprestación pagada por los beneficiarios del servicio o de contrapartidas pagadas por el ente concesionario.

- b) Se autoriza la concesión de obra pública tendiente no sólo a la realización de una obra nueva, sino también a la modificación, ampliación, conservación y mantenimiento de las obras públicas ya existentes, lo que constituye, uno de los principales aciertos de la Ley vigente, puesto que la anterior lo prohibía, ignorando así, que el problema de la infraestructura nacional, no es sólo su carencia sino también su mal estado.

- c) En la Ley en estudio, el legislador procura otorgar transparencia y garantías al empresario privado que invierte en nuestro país, por lo que se preocupa por establecer un sistema de fijación y ajuste tarifario, que permita satisfacer tanto el interés público como el privado del concesionario, permitiendo; al último, recuperar su inversión y rentabilidad, cosa que la Ley anterior no hacía. El precio de la concesión, se fija contrato a contrato, esto dependiendo del tipo de concesión del que se trate. Además de este, cuando el contrato de concesión así lo determine, el concesionario podrá recibir aportes en dinero o bienes en calidad de usufructo por parte de la Administración. Lo anterior, únicamente se dará cuando se trate de una obra de importancia social pero de poca viabilidad económica, lo que obliga al Estado, a garantizar al concesionario, la recuperación de su inversión y una rentabilidad justa. Por último, el concesionario puede beneficiarse de ciertos beneficios tributarios.
- d) Así, como la nueva Ley introduce aspectos novedosos en cuanto al llamado régimen tarifario, también regula nuevos costos de la concesión, el pago por concepto de inspección y control del contrato, además de los gastos provenientes de la entrega de los bienes utilizados en la concesión, así como el pago de los gastos, producto de la expropiación y por los estudios realizados, ya regulados en la normativa anterior. El legislador no toma en cuenta que los costos, a cargo del concesionario, posiblemente se manifestarán en un incremento en el precio de la concesión, lo que en última instancia, perjudicará al usuario.
- e) Se aumenta el plazo de la concesión de veinticinco a cincuenta años, lo que constituye, otro de los aciertos de la nueva legislación, ya que existen obras de elevado costo económico cuyo plazo debe ser mayor para evitar un incremento excesivo en las tarifas o precios que perjudicarían al usuario. El plazo empezará a correr ya no en el momento en que la Administración recibe la obra a su entera satisfacción, sino en la fecha que indique el contrato, esto, con miras a introducir en el plazo de la concesión la etapa de construcción, lo

que a fin de cuentas constituye, un incentivo para el concesionario, quien, al reducir el periodo de construcción, puede iniciar la etapa de explotación anticipadamente, recuperando la inversión con una mayor antelación. Además, el hecho de fijar de esta forma el inicio de la concesión, hace posible la utilización de la obra por etapas, lo que lleva al cobro de tarifas parciales, beneficiando al concesionario que recupera, anticipadamente, su inversión; al interés general porque la obra funciona antes de tiempo y al usuario porque el precio se reduce.

- f) Se elimina el sistema de control previo ejercido por la Contraloría General de la República, el cual entorpecía el adecuado desarrollo de la adjudicación de la concesión, el papel de este ente, se limita en la nueva ley, pasa a ser un contralor “a posteriori”, que recibe y resuelve los recursos de objeción al cartel y de apelación de la adjudicación.
- g) Se crea el Consejo Nacional de Concesiones, autoridad única encargada del proceso de concesión, el cual, es un órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes por tratarse del ministerio técnico de mayor conocimiento en materia de infraestructura. Un órgano único, encargado de la licitación, adjudicación y supervisión de la concesión, conlleva a una homogeneidad de criterio y una especialización, lo que a su vez implica estabilidad, punto que es tomado en cuenta por aquellos que pretenden invertir en el país.
- h) Se implementa el Fondo Nacional de Concesiones, como instrumento de financiamiento del Consejo Nacional de Concesiones.
- i) El procedimiento establecido para la adjudicación de la concesión es la licitación pública, la cual se inspira en los principios de eficiencia, publicidad, igualdad y libre competencia, introducidos por la Ley de la Contratación

Administrativa y se llevará a cabo conforme a lo que el reglamento de la nueva ley dispone.

- j) Dentro de las innovaciones de la nueva legislación, se encuentra la participación del Ministerio de Ambiente y Energía y de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos en el proceso de concesión. El primero, emite su criterio respecto al estudio de impacto ambiental, el cual es una obligación de cumplimiento para el concesionario, mientras que la segunda, participa como ente consultor en lo que se refiere a la estructura tarifaria.
- k) El riesgo de la concesión estará a cargo del concesionario, a no ser que el contrato de concesión disponga que la Administración participe de éste.
- l) La obra pública ejecutada, será propiedad de la Administración.
- m) Los bienes y derechos que se encuentran al servicio de la concesión, no podrán ser enajenados, gravados o dados en fideicomiso, solo que medie autorización de la Administración concedente y pasaran a su dominio al extinguirse la concesión, salvo que en el contrato se estipule lo contrario.
- n) El concesionario, podrá gravar o dar en fideicomiso los ingresos que resulten de la explotación de la concesión, sin necesidad de autorización del ente concesionario, cuando el endeudamiento se origine en necesidades propias de la ejecución de la concesión.
- o) La legislación vigente sobre concesión de obra pública, autoriza la concesión de aeropuertos internacionales, muelles, ferrocarriles y ferrovías, tanto los nuevos como los ya existentes, así como los servicios públicos que en ellos se presten. En el caso de los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, sólo podrán darse en concesión las obras nuevas o las ampliaciones que en ellas se realicen pero no las ya existentes. La Sala Constitucional, avala esta

disposición en el Voto N° 3789-92, en el que indicó que no existe roce constitucional alguno, ya que al utilizar esta figura, el bien concesionado no sale de forma alguna del área de disposición y control del Estado y que ante la dificultad que puede presentar el acudir a la Asamblea Legislativa, se puede promulgar una ley marco, en la que se autorice y regule el proceso de concesión.

- p) La potestad administrativa de utilizar tipos abiertos de contratación se encuentra limitada, ya que aunque el artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa, le otorga al Estado esa facultad, otras normas reducen el alcance de ese artículo. 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, ferrocarriles, muelles y ferrovías; la resolución de la Sala Constitucional N° 3972-92, avala la concesión de obra pública de esos bienes demaniales, adjudicada, administrativamente, con base en un procedimiento establecido por una ley marco, por cuenta estos nunca salen de la esfera de control del Estado y es ilógico acudir a la Asamblea para que ratifique cada contrato de concesión. Por lo tanto, cuando se trate de la ejecución de obra pública, esos bienes de carácter demanial, el procedimiento utilizado para su ejecución, no podrá implicar de ninguna forma su enajenación, gravamen o arrendamiento.

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 al contrato particular a la aprobación de la Asamblea Legislativa, lo que ha sido interpretado por la Sala Constitucional de una manera abierta, al afirmar en el voto 6240-93, que tal aprobación sólo será necesaria cuando no exista una ley marco dictada por la Asamblea Legislativa, que regule el procedimiento de contratación.

El artículo 124, del mismo cuerpo normativo, establece 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 mil novecientos noventa y ocho, deroga parcialmente el artículo 55 mencionado, ya que establece, como único procedimiento válido para la concesión de obras por realizar en un aeropuerto internacional, muelle, ferrocarril o ferrovía, el que se implementa en su Reglamento.

En fin, el estado de infraestructura en Costa Rica no es el más adecuado: las carreteras se encuentran bastante deterioradas, los aeropuertos tanto nacionales como internacionales no cuentan con la capacidad para atender la demanda, no existe un sistema ferroviario, los hospitales y cárceles están a punto de colapsar. En conclusión, el país requiere hacer una enorme inversión en obra pública para rehabilitar, mejorar y construir una infraestructura acorde con las exigencias de desarrollo de principios de siglo, por eso es de primera necesidad, para el Estado costarricense, superar esta situación, para así mejorar el nivel de desarrollo global, lo que le permitirá al país, desempeñarse adecuadamente en este siglo, que recién inicia.

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, es presentada por el gobierno como la respuesta al problema infraestructural que afronta el país. Por el momento, las empresas costarricenses no cuentan con la capacidad técnica y económica para asumir proyectos de concesión por sí mismos, por lo que deben aliarse con las empresas extranjeras que sí tienen la capacidad requerida.

El procedimiento regulado por esta ley, es implementado por primera vez en la licitación para la concesión de la carretera San José- Orotina, existiendo, a la fecha múltiples proyectos en estudio en la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, por lo que se espera, que la figura de la concesión de

obra pública, cuenta, en este nuevo milenio, con un papel protagónico en lo que al desarrollo de la infraestructura se refiere.

RECOMENDACIONES

De la investigación realizada podemos dar las siguientes recomendaciones finales, las cuales de seguido se enumeran:

- 1) Tener un cuerpo de profesionales en diferentes ramas, con el propósito de que sean ellos los responsables de realizar los análisis de cada proyecto que se conceda en concesión pública, y en esta forma que haya un procedimiento en la elaboración de los respectivos carteles de licitación.
- 2) Llevar a cabo programas de capacitación a las comunidades, con el fin de que sus líderes comprendan lo mejor posible las necesidades de las mismas y valorar las soluciones a través del proceso de concesión de obra pública (toma de conciencia).
- 3) Se debe eliminar el temor al cambio que tiene el pueblo, ya que el cambio es necesario puesto que el Estado no cuenta con los recursos económicos suficientes para brindar la infraestructura que requiere el país. Necesitamos desarrollarnos, y de ahí que la figura de la concesión de obra pública se hace necesaria. Quizás debemos quitarnos de la mente la visión tercermundista del Estado Paternalista y dejar que las empresas del caso, realicen obras en beneficio de nuestro país y a cambio de la concesión del servicio.
- 4) Establecer los controles adecuados tanto de parte del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) como de la Contraloría General de la República para que el proceso de concesión se pueda desarrollar con toda transparencia.
- 5) En el tema de los carteles de licitación, éstos deben de comprenderse claramente, para evitar que el mismo, hasta donde sea posible, sea objeto de

apelaciones, y así eludir trabas, que lo que hacen es entorpecer el desarrollo vial.

- 6) Las licitaciones futuras deben de ser preparadas lo mejor posible. El Consejo Nacional de Concesiones debe trabajar con sumo cuidado en la confección de nuevos carteles de licitación, de forma que estos sean flexibles pero que ofrezcan seguridad para la Administración concedente, para los usuarios de la obra e incluso para la misma empresa concesionaria.
- 7) Se debe discutir suficientemente todas las opciones en forma transparente, buscando siempre lograr el bienestar del pueblo y el desarrollo humano de cada ciudadano.
- 8) El problema en países como el nuestro, en vías de desarrollo se resume en que necesitamos dinero para sufragar los gastos del gobierno y poder mejorar la infraestructura de nuestro país, y a nuestro parecer uno de los medios idóneos es este tipo de contratos.
- 9) Se debe de escuchar al consumidor, al usuario, sobre lo que más le conviene, y por cual servicio desea pagar, a fin de que los criterios sea compartidos, y haya participación de todos los ciudadanos a gran escala.
- 10) Un obstáculo que se debe intentar corregir en el proceso de concesión, es la excesiva burocracia que se da en este tipo de procesos, debemos considerar que los procesos de adjudicación tardan bastante, y se da que una vez adjudicada la licitación, el contrato es varias veces remitido a la Contraloría General de la República, la cual lo puede rechazar en varias ocasiones.
- 11) Se le debe de exigir previamente a las empresas adjudicadas, las garantías de cumplimiento que garanticen que va a cumplir con la obra, además se debe velar porque esas garantías sean efectivas; lo mismo en el caso del

financiamiento, las empresas deben presentar prueba de que el financiamiento para las obras está disponible para que no haya ningún retraso.

12) En casos en que se presagie que la empresa adjudicada no va a cumplir, la Administración debe actuar rápida e inteligentemente, ya que la Administración tiene la facultad para anular el contrato.

13) La Administración debe evitar enviar malas señales a inversionistas extranjeros, para evitar estas situaciones, es necesario que los funcionarios públicos adopten una actitud más rígida cuando se analice un cartel y se haga la adjudicación. No solo se tiene que examinar la legalidad de la concesión, sino que la oferta económica de la empresa interesada, se ajuste a criterios de oportunidad y razonabilidad

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Alessi (Renato), Instituciones del Derecho Administrativo, Barcelona, Editorial Bosh, Tomo II, 1970.

BARRACHINA (Eduardo), Compendio de Derecho Administrativo, Barcelona, Editorial PU, Tomo II, 1986.

BAUDRIT CARRILLO (Diego), Teoría General del Contrato, San José, Editorial, Juricentro, 1990.

Becerra Gonzáles (María), Derecho Minero de México, Limusa, Wiley, México, 1973.

Bercaitz (Miguel Angel), Teoría General de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, Editorial De Palma, Tomo I, 1980.

BIELSA (Rafael), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo I, sexta edición, 1964.

BIELSA (Rafael), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo II, sexta edición, 1964.

CANASSI (José), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial De Palma, Tomo I, 1974.

CANASSI (José), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial De Palma, Tomo II, 1974.

CANASSI (José), Tratado Teórico Práctico de la Expropiación Pública, Buenos Aires, Editorial La Ley, Tomo I, 1967.

DIEZ (Manuel María), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, Segunda Edición, Tomo III, 1979.

DROMI (José Roberto), Derecho Administrativo Económico, Buenos Aires, editorial Astrea, Tomos I y II, 1980.

DROMI (José Roberto), Manual de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1987.

ESCOLA (Héctor), Compendio de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial De Palma, Volumen I, Tomo I, 1984.

FRAGA (Gabino), Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, 1998.

García De Enterría (Eduardo) y Tomas Ramón (Fernández), Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, Segunda Edición, Tomo I, 1978.

GARCIA OVIEDO (Carlos), Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Elsa, Tomo I, 1962.

GARRIDO FALLA (Fernando), Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Volumen II, 1971.

GORDILLO, Agustín, Introducción al Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1966.

JEZE (Gastón), Principios Generales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial De Palma, Volumen I, Tomos II y III, 1950.

MARRIENHOFF (Miguel), Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Aboledo Perrot, volumen II, Tomo III, 1966.

MARTÍN (Ernesto), Principios de Derecho Administrativo, San José, Editorial Trejos, 1939.

MENDEZ, Aparicio (Et-al), La concesión de la cooperativa de transportes colectivos S.A, su legalidad, Montevideo, Editorial S.D.J, 1944.

Olivera Toro (Jorge), Manual de Derecho Administrativo, México, Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1988.

Quintanilla García, (Miguel Angel), Derecho de las Obligaciones, México, Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Acatlan, UNAM, 1979.

Rojina VILLEGAS (Rafael), Derecho Civil Mexicano, México, Tomo I, quinta edición, 1988.

ROMERO MORA (Jorge), Comentarios sobre la Contratación Administrativa, San José, Universidad de Costa Rica, 1994.

ROMERO PEREZ (Jorge), Breve Antología sobre el Servicio Público, San José, Editorial Litografía e Imprenta, 1983.

ROMERO PEREZ (Jorge), Contratos del Estado, San José, Editorial UNED, 1993.

ROMERO PEREZ (Jorge), Servicio Público, San José, Editorial Litografía e Imprenta, 1974.

Sánchez Gamborino, (Francisco Miguel), Doctrina Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Transportes y Comunicaciones, Madrid, Editorial Aguilar, 1961.

SAYAGUÉS LASO (Enrique), Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Editorial Martín Bianchi Altuna, Tomo I, 1959.

SERRANO RODRÍGUEZ (Carlos), Normas de Juicio en los Contratos del Estado, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1994.

ULLOA LORIA (Francisco), Curso Básico de Derecho Administrativo, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A, 1998.

ZANOBINI, (Guido), Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Arayú, 1954.

ENCICLOPEDIAS

BERCAITZ (Miguel Angel), Contrato de Concesión de Servicios Públicos, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Druskill, Tomo IV, 1990.

DUMM (Raúl), Concesión de Servicios Públicos, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Driskill, Tomo III, 1990.

MO (Fernando), Obras Públicas, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Driskill, Tomo XX, 1990.

DICCIONARIOS

DE PINA VARA (Rafael), Diccionario de Derecho, México, Editorial Porrúa, 1998.

DOPORTO (Luis), Diccionario Enciclopédico U.T.E.H.A, México, Editorial Hispanoamericana, 1950.

FERNÁNDEZ VASQUEZ (Emilio), Diccionario de Derecho Público Administrativo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981.

GARCIA –PELAYO Y GROSS (Ramón), Diccionario Enciclopédico de todos los Conocimientos, Canadá, Ediciones Larousse, 1972.

GARRONE, Diccionario Jurídico, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1986.

GOLDSTEIN (Paul), Diccionario de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1978.

MARTINEZ MORALES (Rafael), Diccionarios Jurídicos Temáticos, México, Editorial Oxford, Volumen III y V, 2000.

VOX, Diccionario Manual de Sinónimos y Antónimos, Barcelona, Editorial Biblograf S.A, 1989.

REVISTAS

ARROYO ALFARO (Pablo), Contratación de las Obras Públicas, Revista de la Contraloría General de la República, San José, Número 33, diciembre, 1982.

Andrade Labarca (Nectario y otros), Imprevisión en los contratos de obra pública, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, No. 26, mayo-agosto, 1969.

AZOFRA VEGAS (Fernando), La financiación Privada de Infraestructuras Públicas, Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, Número 96, octubre–diciembre, 1997.

BOQUERA OLIVER (José María), La Edificación en los Puertos, Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, Número 80, octubre–diciembre, 1993.

COTO ALBAN (Carlos), Concesión de Obra Pública como instrumento de desarrollo, Revista Judicial, San José, Número 63, septiembre, 1997.

FERNÁNDEZ (Ramón), Empresa Pública y Servicio Público: El Final de una Época, Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, Número 89, enero–marzo, 1996.

GARCIA ENTERRIA (Eduardo), Figura del Contrato Administrativo, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Número 26, mayo–agosto, 1975.

JIMÉNEZ–BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (Antonio), Servicio Público, Interés General, Monopolio: Recientes Aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, Número 84, octubre–diciembre, 1994.

MARTINEZ DE PISON (Aparicio), Concesiones de Uso Común General del Demanio Costero, Revista Española de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid, Número 99, julio – septiembre, 1998.

LOPEZ–IBOR MAYOR (Vicente), La Liberación del Sector Eléctrico: perspectiva jurídica, Revista Española de Derecho Administrativo, Madrid, Número 98, abril – junio, 1998.

MURILLO ARIAS (Mauro), Contratación Administrativa en el voto 998–98 de la Sala Constitucional, Revista Iustitia, San José, Número 141 –142, septiembre–octubre, 1998.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), La Responsabilidad del Estado en Costa Rica, San José, Revista de Ciencias Jurídicas, Número 1, marzo 1963

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Aspectos Legales de las Concesiones Ferrocarrileras, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Número 27, septiembre – diciembre, 1995.

QUIROS CORONADO (Roberto), Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Revista Parlamentaria, San José, Volumen 6, Número 2, agosto, 1998.

ROMERO PEREZ (Jorge), Apuntes sobre el servicio público: ideas preliminares sobre el tema, Revista de la Contraloría General de la República, San José, Número 17, diciembre, 1997.

ROMERO PEREZ (Jorge), Concesión de Obra Pública, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Número 76, septiembre–diciembre, 1993.

ROMERO PEREZ (Jorge), Contratación Administrativa: directrices básicas, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Número 58, septiembre–diciembre, 1987.

ROMERO PEREZ (Jorge), Ley de la Contratación Administrativa, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, Número 83, septiembre–diciembre, 1997.

ROYO VILLANOVA, La responsabilidad de la Administración Pública, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Número 19, Año VII, 1956.

PERIODICOS

La Nación, Retraso en el Despegue del Gestor, 21 de marzo de 1999, página 6A.

La Nación, Refrendado contrato de vía, 2 de junio de 1999, página 5A.

La Nación, Arranca reparación de vía, 6 de agosto de 1999, página 5A.

La Nación, Concesiones, una mina de oro, 5 de septiembre de 1999, página 4A.

La Nación, MOPT no ampliará plazo por carretera, 9 de octubre de 1999, página 5A.

La Nación, Falta de recursos atrasa obras, 28 de octubre de 1999, página 5A.

La Nación, La Gestión Interesada, 4 de noviembre de 1999, página 15A.

La Nación, Gestor cuenta con luz verde, 4 de noviembre de 1999, página 4A.

La Nación, Afinan nueva obra por concesión, 11 de noviembre de 1999, página 4A.

La Nación, Mayor control a concesiones, 12 de febrero de 2000, página 5A.

La Nación, Bernardo Soto: ruta equivocada, 20 de febrero del 2000, página 20A.

La Nación, "Hay que confiar en la concesión", 20 de febrero de 2000, página 20A.

La Nación, Empujan concesión de autopista, 1 de julio del 2000, página 4A.

La Nación, Alistan sanción por atraso en vía, 12 de agosto del 2000, página 4A.

La Nación, Demanda a MARHNOS, 24 de agosto del 2000, página 6A.

La Nación, Procuraduría teme por caso MARHNOS, 26 de agosto del 2000, página 5A.

La Nación, Cláusulas atrasan contrato, 4 de septiembre del 2000, página 6A.

La Nación, MARHNOS niega cargos, 9 de septiembre del 2000, página 6A.

La Nación, Salvan aval de MARHNOS, 13 de septiembre del 2000, página 12A.

La Nación, Concesiones están varadas, 24 de septiembre del 2000, página 16A.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de Costa Rica, del 7 de noviembre de 1949.

Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978.

Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley N° 7404, publicada en la Gaceta, San José, número 91, 12 de mayo de 1994.

Reglamento General de Concesión de Obra Pública, publicada en la Gaceta, San José, número 5, 6 de enero de 1995.

Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N° 7762, publicada en la Gaceta, San José, número 98, 22 de mayo de 1998.

Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, publicada en la Gaceta, San José, número 115, 16 de junio de 1998.

Ley de la Contratación Administrativa, Ley N° 7494, publicada en la Gaceta, San José, número 110, 8 de junio de 1995.

Reglamento General de la Contratación Administrativa, publicada en La Gaceta, San José, número 62, 28 de marzo de 1996.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Ley Número 7593, publicada en La Gaceta, San José, número 169, 5 de septiembre de 1996.

Reglamento a la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, Decreto Ejecutivo N° 25903–MINAE–MOPT del 17 de febrero de 1997.

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

Expediente de la Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley N° 7404, VI Tomos.

Expediente de la Ley General de Concesión de obras Públicas con Servicios Públicos, Ley Número 7762, XXII Tomos.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución N° 3789 de las 12 horas del 27 de noviembre de 1992.

Resolución N° 4443 de las 12 horas del 7 de septiembre de 1993.

Resolución N° 6240 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993.

Resolución N° 1649 de las 16:30 horas del 18 de marzo de 1997.

Resolución N° 998 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Oficio N° 9637 del 30 de julio de 1991.

Oficio N° 769 del 3 de junio de 1996.

Oficio N° 6484 del 3 de junio de 1996.

Oficio N° 318 del 20 de octubre de 1997.

Oficio N° 347 del 25 de noviembre de 1997.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Oficio N° 190 del 27 de noviembre de 1996.

Oficio N° 68 del 18 de noviembre de 1997.

Oficio N° 70 del 20 de abril de 1998.

Oficio N° 72 del 5 de mayo de 1998.

Oficio N° 72 del 9 de mayo de 1997.

Oficio N° 81 del 5 de mayo de 1998.

Oficio N° 181 del 28 de agosto de 1998.

Como último apartado, se han incluido noticias sobre la Concesión de Obra Pública, las cuales fueron tomadas de la página de la Nación Digital, también se anexan algunas resoluciones de interés en el tema, las cuales se pueden encontrar en las siguientes direcciones electrónicas:

1-) www.pgr.go.cr

Página de la Procuraduría General de la República.

2-) www.pgr.go.cr/scij

Página de la Procuraduría General de la República.

3-) www.metabase.net

Página de la Procuraduría General de la República.

4-) www.cgr.go.cr

Página de la Contraloría General de la República.

5-) www.nacion.co.cr

Página de la Nación.