

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

***Propuesta para la mejora del marco jurídico de las Asociaciones
Público Privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado.***

Carrillo Rojas Angie Jimena
Madrigal Salas María Fernanda

2018



22 de agosto de 2018
FD-2225-2018

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: Angie Jimena Carrillo Rojas, carné B21459 y María Fernanda Madrigal Salas, carné B23839 Denominado: "Propuesta para la mejora del marco jurídico de las asociaciones público privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado". fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Dr. José Roberto Garita Navarro
Presidente	Dr. Oscar González Camacho
Secretario	MSc. Hubert Fernández Argüello
Miembro	MSc. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Miembro	Lic. Alonso Arnesto Moya

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **07 de setiembre del 2018**, a las 6:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director



RSP/lcv
Cc: arch. expediente



San José, 06 de Agosto del 2018

Dr. Ricardo Salas
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Dr. Salas,

El suscrito José Roberto Garita Navarro, en mi condición de director del trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, efectuado por las estudiantes Angie Jimena Carrillo Rojas, carné B21459 y María Fernanda Madrigal Salas, carné B23839, titulado: "Propuesta para la mejora del marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado", tengo el agrado de externar mi aprobación al mismo, pues constituye un aporte de relevancia al quehacer jurídico nacional, al tratar un tema de gran importancia y actualidad.

Considero que el trabajo realizado por las estudiantes cumple todos los requerimientos de forma y fondo necesarios en este tipo de investigaciones por lo cual le doy mi aprobación para que sea sometida a réplica ante el Tribunal Examinador.

Se despide atentamente,



Dr. José Roberto Garita Navarro

8 de agosto, 2018

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Aprovecho la ocasión para saludarlo cordialmente y dejar constancia de que en mi calidad de lector he revisado el trabajo final de graduación de las estudiantes Angie Jimena Carrillo Rojas y María Fernanda Madrigal Salas, carné universitario B21459 y B23839 respectivamente, titulado: **“Propuesta para la mejora del marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado”**.

Esta investigación presenta un esfuerzo investigativo de parte de las egresadas para analizar la realidad que enfrenta el Estado por limitaciones de tipo fiscal para desarrollar infraestructura que sirva en el desarrollo de diferentes aspectos económicos, industriales, turísticos, sociales, y como la relación entre lo público y lo privado se ofrece como una alternativa para que, a través de aportes de uno y otro, se alcance ese objetivo necesario. El trabajo ofrece un estudio de doctrina, pero tiene el valor agregado de la reseña de experiencias costarricenses cercanas al tema principal, e igualmente, se realiza un estudio del derecho comparado que busca establecer realidades que sirvan de oportunidad de mejora, principalmente en casos como el de Chile y Colombia que tienen desarrollo de figuras análogas que pueden servir para generar mejoras en la práctica nacional. Por último, la tesis aporta propuestas de mejora sobre el tema.

Por lo indicado, considero que el trabajo citado cumple satisfactoriamente con todos los requisitos de forma y fondo establecidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, motivo por el cual extiendo la aprobación respectiva, con el fin de que sea fijada fecha y hora para defender públicamente su investigación.

Atentamente

Msc. Marco Vinicio Alvarado Quesada



San José, 06 de Agosto del 2018

Carta de aprobación del Comité Asesor
Lector

Dr. Ricardo Salas
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Doctor:

Reciba un cordial saludo. Por este medio hago constar que, en mi calidad de lector, revisé el trabajo final de graduación titulado: "Propuesta para la mejora del marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado" elaborado por las señoritas Angie Jimena Carrillo Rojas, carné B21459 y María Fernanda Madrigal Salas, mismo que cuenta con mi aprobación al cumplir con los requisitos de forma y fondo requeridos por la Universidad de Costa Rica.

Es por lo anterior que me complace extender la presente carta de aprobación a fin de que se proceda con su correspondiente defensa.

Atento me despido,



Lic. Alonso Arnesto Moya

04 de agosto de 2018

Señores

Universidad de Costa Rica

Facultad de derecho

Estimados señores:

El suscrito, Edith Raissa Pizarro Alfaro, cédula de identidad 4 0178 0133, profesional en filología, hace constar que reviso el documento denominado **Propuesta para la mejora del marco jurídico de las asociaciones público privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado**, de las estudiantes Angie Jimena Carrillo Rojas y María Fernanda Madrigal Salas, al cual se le aplicaron las revisiones y observaciones relacionadas con aspectos de construcción gramatical, ortografía, redacción, entre otros.

Dado lo anterior, certifico que el documento contiene las observaciones y correcciones solicitadas quedando de conformidad con lo pactado.

Atentamente,



Licda. Edith Raissa Pizarro Alfaro

Código35554

Dedicatoria

A Dios, porque con su amor y su misericordia me ha traído hasta aquí.

A mi mamá, quien con amor y sabiduría me ha guiado y me ha enseñado la lección más valiosa de la vida: depositar siempre la confianza en Dios; gracias porque juntas somos un equipo.

A mi abuelito, por siempre creer en mí y por ser partícipe de todos los momentos importantes en mi vida.

A mi abuelita, porque es el ejemplo de amor y entrega más absoluto que he conocido, por siempre aconsejarme, alentarme y motivarme a ser la mejor versión de mi misma.

Jimena

Dedicatoria

A mi tita, porque aunque ya no esté con nosotros su amor continúa motivándome a cumplir cada uno de mis sueños.

A mami, por ser mi apoyo incondicional, porque sin su esfuerzo, amor y dedicación alcanzar este sueño no hubiese sido posible.

A papi, por su sacrificio para darme siempre lo mejor, por todo su amor y apoyo en cada etapa de mi vida.

María Fernanda

Agradecimientos

A Dios por cada una de sus bendiciones, por guiarnos y acompañarnos siempre.

A la Universidad de Costa Rica, porque en ella vivimos una etapa extraordinaria de nuestra vida.

A nuestro director Roberto Garita, por su disposición para guiarnos y aconsejarnos durante la elaboración de este trabajo.

A nuestros lectores Marco Vinicio Alvarado y Alonso Arnesto por toda su dedicación y apoyo.

A nuestras familias, por tanto amor y apoyo incondicional en todo momento.

A nuestros amigos por acompañarnos en esta etapa e impulsarnos a cumplir nuestras metas.

Abreviaturas	viii
Resumen	ix
Ficha Bibliográfica	xii
Introducción	1
Capítulo I	5
1.1 Deber Estatal de construcción de Obra Pública y Servicios Públicos.	5
1.2 Conceptualización de Interés Público.	8
1.3 Áreas de necesidad en Infraestructura establecidas en el Estado de la Nación.	10
1.4. Capacidad de financiamiento del Estado para satisfacer las necesidades de Obras y Servicios Públicos.	12
1.4.1. Mecanismos de Ingresos:	12
1.4.1.1 Carga Impositiva	12
1.4.1.2 Regulaciones impuestas por la Ley 8131 respecto a las fuentes de ingresos públicos.	17
1.4.2 Rigidez presupuestaria	19
Capítulo II Formas de Gestión de Obra Pública y Servicio Público	23
2.1 Directa	23
2.1.1 Problemas actuales	24
2.2 Indirecta	25
2.2.1 Tipos	26
2.2.1.1. Concesión	26
2.2.1.1.1 Concesión de Obra Pública:	27
2.2.1.1.2 Concesión de obra pública con servicio público:	28
2.2.1.2 Sociedad Pública de Economía Mixta	31
2.2.1.3 Asociaciones Público Privadas	32
2.3.1 Regulaciones en la Constitución Política	34
2.3.2 Ley de Contratación Administrativa	39
2.3.2.1 Ámbito de aplicación	39
2.3.2.2 Regulaciones establecidas a las concesiones de obra pública en la LCA	40
2.3.2.2.1 Procedimiento de licitación pública	40
2.3.2.2.2 Supuestos en los que procede la concesión	44
2.3.2.2.3 Causas de resolución del contrato de concesión establecidas en la LCA.	45
2.3.2. Tipos abiertos en la LCA	46
2.3.2.1 Concesión de Instalaciones Públicas	48

2.3.2.2 Licitación abreviada	49
2.3.2.3 Contratación directa por escasa cuantía	50
2.3.3 Ley General de Concesión de Obra Pública	51
2.3.3.1 Ley General de la Administración Pública	51
2.3.3.2 Ámbito de aplicación	52
2.3.3.3 Retribución económica	53
2.3.3.4 Procedimiento	54
2.3.3.4.1 Etapa I. Actos preparatorios.	54
2.3.3.4.2 Etapa II. Estudios de factibilidad.	55
2.3.3.4.3 Etapa III. Estudios de expropiación:	56
2.3.3.4.4 Etapa IV. Evaluación Ambiental del Proyecto:	56
2.3.3.4.5 Etapa V. Consulta a la ARESEP:	57
2.3.3.4.6 Etapa VI. Preparación de la licitación:	58
2.3.3.4.7 Etapa VII. Presentación de ofertas.	59
2.3.3.4.8 Etapa VIII. Evaluación y selección de ofertas	60
2.3.3.4.9 Etapa IX. Adjudicación y firma del contrato	61
2.3.3.5 Contrato de concesión	61
2.3.3.6 Proyectos de iniciativa privada	62
2.3.3.7 Consejo Nacional de Concesiones	65
2.3.4 Ley de Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta	72
Capítulo III Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica	74
3.1 Análisis del Decreto 39965-P Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada	74
3.1.1 Ámbito de aplicación	74
3.1.2 Formas de Alianza	76
3.1.3 Formalización	77
3.1.3.1 Actuaciones previas:	77
3.1.3.2 Requisitos ambientales:	78
3.1.3.3 Procedimiento de selección:	79
3.1.3.4 Constitución de la sociedad anónima:	79
3.1.3.5 Refrendo:	79
3.1.4 Derechos y obligaciones	81
3.1.4.1 Derecho a la titularidad de los bienes:	81
3.1.4.2 Derecho a la titularidad del servicio público:	81
3.1.4.3 Derecho al equilibrio económico:	82
3.1.4.4 Derecho a subcontratar	83
3.1.4.5 Obligación de responder ante terceros:	83

3.1.4.6 Obligación de la Administración de supervisar el contrato	83
3.1.5 Retribución Económica	84
3.1.6 Terminación anticipada del contrato	85
3.2 Complementariedad del Decreto con otras normas	86
3.3 Distribución de riesgos	87
3.4 Resolución de conflictos	88
3.5 Fiscalización	89
Capítulo IV Asociaciones Público Privadas en el Derecho Comparado	91
4.1 Asociaciones Público Privadas en Colombia	91
4.1.1 Antecedentes	91
4.1.2 Ámbito de aplicación	93
4.1.3 Criterios de Selección	94
4.1.3.1 Proyectos de Iniciativa Pública	94
4.1.3.1.1 Estudios previos:	95
4.1.3.1.2 Justificación estratégica	97
4.1.3.1.3 Justificación económica	98
4.1.3.1.4 Justificación financiera	99
4.1.3.1.5 Justificación legal/ comercial	99
4.1.3.1.6 Justificación gerencial	100
4.1.4 Procedimiento de licitación	103
4.1.4.1 Proyectos de Iniciativa Pública	103
4.1.4.2 Proyectos de Iniciativa Privada	106
4.1.5 Distribución de Riesgos	108
4.1.5.1 Proyectos de iniciativa pública	110
4.1.5.2 Proyectos de iniciativa privada	110
4.1.6 Retribución Económica	111
4.1.6.1 Proyectos de iniciativa pública	111
4.1.6.2 Proyectos de Iniciativa Privada	113
4.1.7 Terminación anticipada del contrato	114
4.1.8 Fiscalización de los Proyectos de APP	115
4.1.9 Resolución de conflictos	116
4.1.10 Derechos y obligaciones	117
4.1.11 Comparación con el marco normativo costarricense	118
4.2 Asociaciones Público Privadas en Chile	120
4.2.1 Antecedentes	120
4.2.2 Ámbito de aplicación	122

4.2.3 Procedimiento	122
4.2.3.1 Proyectos de iniciativa privada	122
4.2.3.1.1 Procedimiento de licitación establecido en la Ley de Concesiones	127
4.2.4 Criterios de selección	128
4.2.5 Distribución de riesgos:	129
4.2.6 Derechos y obligaciones	130
4.2.7 Retribución económica	132
4.2.8 Fiscalización:	133
4.2.9 Terminación del contrato	134
4.2.10 Resolución de conflictos	137
4.2.10.1 Panel técnico	138
4.2.10.2 Comisión arbitral	140
4.2.11 Comparación con el marco jurídico de Costa Rica	143
Capítulo V Propuesta de regulación legal de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica	148
5.1 Lecciones aprendidas	148
5.1.1 San José-Caldera	149
5.1.2 Ruta San José- San Ramón	151
5.2 Propuesta para la mejora del marco regulatorio de las APPs	153
5.3 Proyecto de ley	159
Conclusiones	181
Bibliografía	183

Abreviaturas

AIJS: Aeropuerto Internacional Juan Santa María

AMEGA: Americas Gateway Ltda

APP: Asociación Público Privada

APPs: Asociaciones Público Privadas

BID: Banco Interamericano de Desarrollo

CGR: Contraloría General de la República

CNC: Consejo Nacional de Concesiones

LCA: Ley de Contratación Administrativa

LGAP: Ley General de la Administración Pública

PGR: Procuraduría General de la República

Resumen

Justificación:

Costa Rica fue, junto con México y Colombia, de los países pioneros en la región mesoamericana en incluir dentro de su ordenamiento jurídico la figura de colaboración entre el sector público y el sector privado. En México se iniciaron las reformas a finales de la década de los ochentas, y en cuanto a Colombia y Costa Rica se realizaron a inicios y finales de los noventa, respectivamente.

Lo cierto es que en nuestro país, a pesar de la expectativa que generó la Ley General de Concesiones y sus posteriores reformas, la figura de las APP's no ha dado los frutos que se esperaba, toda vez que de los 555 proyectos ejecutados en la región mesoamericana bajo el modelo de colaboraciones público privadas entre el período de 1990 al 2015, solo el 2.6% corresponden a propuestas desarrolladas en Costa Rica, mientras que en México y Colombia se han desarrollado más del 80% de los proyectos¹

Esto nos hace suponer que tanto México como Colombia le han dado un tratamiento distinto la figura de las APP lo cual les ha permitido maximizar los beneficios de la misma al contar con una legislación que responda a las circunstancias económicas y sociales de su país, en tanto que Costa Rica se ha quedado rezagada en la utilización y aprovechamiento de este esquema de colaboración, por lo cual es preciso estudiar el marco regulatorio de países como México y Colombia, para lograr determinar cuáles son los mecanismos más efectivos para la aplicación de las APPs e identificar el modo más adecuado de introducirlos dentro de nuestro sistema normativo.

¹ CEPAL. "Asociaciones público-privadas como instrumento para fortalecer los objetivos del Proyecto Mesoamérica." San José, Costa Rica (2017).

Hipótesis:

Ante el déficit fiscal por el que atraviesa nuestro país, las asociaciones público privadas son una herramienta con la que cuenta el Estado para hacer frente a las necesidades de la ciudadanía y lograr así la satisfacción del interés público mediante financiamiento privado.

No obstante, a diferencia de otros países de América Latina, Costa Rica no ha explotado al mismo nivel esta forma de colaboración entre el sector público y el privado; consideramos que esto es debido a la inadecuada regulación legal que existe al respecto, razón por la cual es necesario realizar una serie de mejoras al marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Objetivo General:

Proponer mejoras al marco jurídico que regula las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica con base en derecho comparado con el fin de aprovechar el potencial de esta figura en el desarrollo de obras públicas.

Metodología:

Para el desarrollo de la investigación se procedió a realizar una revisión bibliográfica con el fin de reunir toda la información pertinente para obtener un fundamento sólido para el adecuado desarrollo de este trabajo.

Posteriormente se analizó la figura de las Asociaciones Público Privadas y descomponer la misma en sus partes, para poder estudiar con mayor profundidad cada una de ellas. Este método resulta de importante aplicación para la presente investigación ya que nos va a permitir conocer y comprender de mejor manera qué son las asociaciones público privadas, sus características y elementos; lo cual será de gran utilidad para la propuesta que se pretende brindar.

Además se procedió a comparar el marco normativo que regula las APPs con respecto a la legislación de otros países de América Latina que han tenido gran éxito en la implementación y regulación legal de las asociaciones público privadas, con el fin de estudiar las diferencias y semejanzas existentes entre estos; y obtener

un panorama más amplio, para poder identificar posibles mejoras al marco jurídico de nuestro país que permitan potenciar la utilización de este tipo de colaboración y lograr a través de dicha figura la satisfacción del interés público.

Principales conclusiones

1. Costa Rica atraviesa una crisis fiscal que no le permite a la Administración realizar las inversiones necesarias en infraestructura a fin de solventar las necesidades de la sociedad y cumplir con el deber de satisfacción del interés público promoviendo el desarrollo y el adecuado reparto de la riqueza como lo establece la Carta Magna.
2. El sector privado se puede convertir en el principal aliado de la Administración para desarrollar los proyectos que no pueden ser llevados a cabo por esta no obstante la normativa con la que contamos no ha resultado ser la más adecuada para el desarrollo de este tipo de contrataciones.
3. En países de la región tales como Chile y Colombia, se han desarrollado gran cantidad de proyectos bajo este esquema de colaboración público-privada, constituyéndose en un modelo a seguir para nuestro país, lo cual nos permite adoptar mecanismos legales y buenas prácticas encontradas en sus ordenamientos jurídicos, a fin de fortalecer y potenciar la utilización de la figura de APP's en Costa Rica.
4. Es necesario, para dar cumplimiento a lo anterior, la creación de una ley que reúna dichas prácticas extranjeras y las adapte a nuestro ordenamiento jurídico nacional, con el objeto de dotar a esta figura de mayor seguridad jurídica y consecuentemente hacerla más atractiva para los inversores privados.

Ficha Bibliográfica

Carillo Rojas, Angie Jimena; Madrigal Salas María Fernanda. “*Propuesta para la mejora del marco jurídico de las asociaciones público privadas en Costa Rica basada en el derecho comparado*”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2018. X y 180.

Director: Roberto Garita

Palabras claves: Asociación Público Privada, interés público, déficit fiscal, contratación administrativa.

Introducción

El Estado costarricense se encuentra en la obligación de satisfacer el interés público en áreas tales como electricidad, agua, educación, salud e infraestructura. No obstante, para cubrir estas necesidades sociales, el principal medio con el que se cuenta es vía tributaria y a través de recursos provenientes de venta de bienes y servicios, lo cual no genera recursos suficientes para la cantidad de áreas en las que se demanda inversión.

La Sala Constitucional, mediante el voto 2794-2003 ha manifestado que: “dentro de los derechos humanos de la cuarta generación figura el derecho al desarrollo de los pueblos, el cual solamente puede hacerse efectivo si un país cuenta con una infraestructura de comunicaciones terrestres en buenas condiciones, dado que, esta constituye la piedra angular para el incremento de la producción de bienes y servicios y, desde luego, para su oportuna distribución y comercialización”².

En razón de lo anterior, y por la aspiración del país de progresar tanto en el ámbito económico como social, es que se decidió buscar formas novedosas de contratación que le permitieran al Estado obtener el capital necesario para el desarrollo de diversos proyectos en busca de la satisfacción del interés público, y es por esto que se opta por la implementación de las Asociaciones Público Privadas (APP's).

En nuestro país, la principal forma de colaboración entre el sector público y el sector privado ha sido a través de las concesiones de obra pública y de obra con servicio público, mismas que se encuentran reguladas por una ley que data de 1998, y cuya última reforma se realizó hace casi una década; no existe una ley que regule las APP's de forma general y uniforme, sino que existen diversas leyes, como la antes mencionada, que regulan tan solo una de las tantas formas que existen de colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta situación es uno de los

² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 2794 del 8 de marzo de 2003.*

principales motivos por los cuales se estima fundamental analizar de forma exhaustiva el ordenamiento jurídico costarricense en lo atinente a colaboraciones entre ambos sectores para posteriormente compararlo con el marco normativo de países que le han dado un tratamiento legal más amplio y desarrollado al tema. Igualmente se valora la escasa práctica en el caso costarricense.

Como se mencionó en la justificación de la presente investigación Costa Rica fue, junto con Chile y Colombia, de los países pioneros en la región mesoamericana en incluir dentro de su ordenamiento jurídico la figura de colaboración entre el sector público y el sector privado, no obstante, no ha logrado explotar dicha figura como estos otros países por lo que se considera importante realizar un estudio de los diversos marcos regulatorios con el fin de detectar cuáles son los mecanismos más efectivos para la aplicación de las APPs e identificar el modo más adecuado de introducirlos dentro de nuestro sistema normativo.

Se opta por recurrir al derecho comparado, ya que tal y como lo ha mencionado el jurista Diego Baudrit este no es solamente una disciplina académica sino que tiene una importancia fundamental para el perfeccionamiento del derecho interno y resulta casi imposible pensar que el legislador pueda lograr el desarrollo de un derecho nacional teniendo como únicos datos los propios de su sistema jurídico³. Por lo que en esta investigación no se pretende únicamente señalar las igualdades y diferencias entre los diversos cuerpos normativos sino además proponer mejoras a nuestro marco jurídico, en la búsqueda del perfeccionamiento del mismo.

³ Diego Baudrit Carrillo, *“Importancia del Derecho Comparado: el perfeccionamiento del derecho interno como uno de sus fines principales”* (San José, Costa Rica:Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica No. 46,1982), 113-121.

Objetivos

Objetivo General:

Proponer mejoras al marco jurídico que regula las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica con base en derecho comparado con el fin de aprovechar el potencial de esta figura en el desarrollo de obras públicas.

Objetivos específicos:

1. Analizar los modelos de gestión de obra y servicios públicos de conformidad con la capacidad de inversión del Estado.
2. Estudiar la figura de las asociaciones público privadas y su tratamiento normativo en Costa Rica con la finalidad de contextualizar la situación actual del país en esta área.
3. Analizar la regulación normativa y la experiencia de otros países latinoamericanos en la ejecución de proyectos desarrollados bajo colaboraciones entre el sector público y el privado con la finalidad de compararlos con los que se encuentran vigentes en nuestro país
4. Proponer reformas a nivel normativo para promover y potenciar la utilización de APP en nuestro país.

Hipótesis:

Ante el déficit fiscal por el que atraviesa nuestro país, las asociaciones público privadas son una herramienta con la que cuenta el Estado para hacer frente a las necesidades de la ciudadanía y lograr así la satisfacción del interés público mediante financiamiento privado.

No obstante, a diferencia de otros países de América Latina, Costa Rica no ha explotado al mismo nivel esta forma de colaboración entre el sector público y el privado; consideramos que esto es debido a la inadecuada regulación legal que existe al respecto, razón por la cual es necesario realizar una serie de mejoras al marco jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Metodología:

Para el desarrollo de la investigación se procedió a realizar una revisión bibliográfica con el fin de reunir toda la información pertinente para obtener un fundamento sólido para el adecuado desarrollo de este trabajo.

Posteriormente se analizó la figura de las Asociaciones Público Privadas y descomponer la misma en sus partes, para poder estudiar con mayor profundidad cada una de ellas. Este método resulta de importante aplicación para la presente investigación ya que nos va a permitir conocer y comprender de mejor manera qué son las asociaciones público privadas, sus características y elementos; lo cual será de gran utilidad para la propuesta que se pretende brindar.

Además se procedió a comparar el marco normativo que regula las APPs con respecto a la legislación de otros países de América Latina que han tenido gran éxito en la implementación y regulación legal de las asociaciones público privadas, con el fin de estudiar las diferencias y semejanzas existentes entre estos; y obtener un panorama más amplio, para poder identificar posibles mejoras al marco jurídico de nuestro país que permitan potenciar la utilización de este tipo de colaboración y lograr a través de dicha figura la satisfacción del interés público.

Capítulo I

1.1 Deber Estatal de construcción de Obra Pública y Servicios Públicos.

El numeral 50 de nuestra Constitución Política, manifiesta la obligación que tiene el Estado de procurar el bienestar de todos los habitantes del país, este artículo ha tenido gran impacto principalmente en materia ambiental, siendo que ha servido de respaldo para importantes reformas legales las cuales han conllevado grandes avances en temas de protección medioambiental, así pues se pueden encontrar varios votos de la Sala Constitucional respecto a esta materia como el 7934 del 2013 en el cual se evoca el principio precautorio en materia ambiental, también conocido como principio in dubio pro natura, el cual básicamente dispone que ante la carencia de certeza en materia ambiental *sobre la inocuidad de la actividad en cuanto a provocar un daño grave e irreparable, la Administración debe abstenerse de realizar este tipo de actividades.*⁴

Al disponer este artículo la obligación estatal de procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país mediante la estimulación de la producción y el adecuado reparto de la riqueza se abre un debate sobre cómo se deben interpretar dichos conceptos, para este fin, en sentencia 550 de 1995 la Sala Constitucional indicó que: *“se trata entonces de repartir y utilizar al máximo los recursos de la comunidad en provecho de los grupos o sectores socialmente más desprotegidos. El Estado puede, entonces, intentar plasmar sus fines y objetivos socio-económicos impulsando la iniciativa privada, o fomentando, por medio de incentivos, la actividad a que se dedica; o bien, mediante la imposición de ciertos deberes a los particulares*

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 7934 del 14 de junio del 2013.*

con el fin de mantener en un mínimo aceptable el bienestar económico de la población.”⁵

De este artículo, se puede desprender el deber de satisfacer las necesidades de Obra y Servicio Público del país, esto como parte del bienestar general y en busca de la satisfacción del interés público.

La obra pública es entendida por el administrativista argentino Agustín Gordillo como un concepto que engloba cuatro elementos, a saber: “1) *Se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general*”⁶

Hace la diferenciación también entre obra pública y contrato de obra pública, aclarando que este último puede dirigirse a la realización de bienes que no estén afectados a fines de utilidad general, por lo cual no serán considerados obra pública propiamente, respecto a esto afirma que: “*la existencia de la cosa obra pública no presupone la ejecución de un contrato de obra pública. Dicho en otras palabras, el contrato de obra pública tiene por objeto la realización de un determinado trabajo, pero este trabajo no presupone, ni condiciona, la existencia de una “obra pública.”*”⁷

En el ámbito nacional, Jinesta define la obra pública como “*un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra y la concesión de obra pública son sus modos de concreción*”⁸

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 550 del 31 de enero de 1995.*

⁶Agustín Gordillo, *Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas.* (Buenos Aires: FDA, 2015) accesado enero 20, 2017. http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca2.pdf

⁷ Ibid.

⁸Ernesto Jinesta Lobo, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General)* (San José, C.R.: Biblioteca Jurídica Dike, 2002)

La obra pública y el servicio público, deben ser brindados en concordancia con una serie de normas y principios que permitan su realización en aras de satisfacer el interés público, así lo ha manifestado la Sala Constitucional aduciendo que: *“en relación con el ordenamiento jurídico, en especial, de las normas que regulan la planificación urbana, el medio ambiente, el derecho a edificar, la protección el recurso hídrico y las regulaciones referidas a la prestación de los servicios públicos, permiten concluir que esa potestad debe ejercerse dentro de los límites que el propio ordenamiento dispone, siendo uno de ellos, precisamente, la obtención de estos permisos, autorizaciones o concesiones, según corresponda dependiendo de la actividad que se realice.”*⁹ Es decir, la realización de obras públicas o bien la prestación de servicio público, a pesar de ser una obligación estatal, no da lugar al desacato o a la inobservancia de las normas establecidas para llevar a cabo dicha tarea.

En otra sentencia del mismo órgano jurisdiccional se establece como Derecho Humano de cuarta generación la existencia de obras e infraestructura pública señalando que: *“dentro de los derechos humanos de la cuarta generación figura el derecho al desarrollo de los pueblos, el cual solamente puede hacerse efectivo si un país cuenta con una infraestructura de comunicaciones terrestres en buenas condiciones, dado que, esta constituye piedra angular para el incremento de la producción de bienes y servicios y, desde luego, para su oportuna distribución y comercialización. Debe tomarse en consideración que de conformidad con el artículo 50 de la Constitución Política es deber del Estado procurar un mayor bienestar de todos los habitantes y un adecuado reparto de la riqueza, todo lo cual se logra, entre otros factores, con una infraestructura vial en buenas condiciones de*

⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. *Sentencia No. 00194 de 17 de noviembre del 2015.*

*funcionamiento.*¹⁰ Vemos pues como resulta trascendental para el desarrollo de la sociedad y para la propia satisfacción del interés público el desarrollo e inversión en obra pública, siempre en apego a los mecanismos establecidos por la ley para este fin y buscando como objeto principal el mayor bienestar de los habitantes del país.

1.2 Conceptualización de Interés Público.

La Ley 6227, Ley General de la Administración Pública, define interés público como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. No obstante, tal y como lo ha manifestado la Contraloría General de la República:

“El interés público, es no solo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo. Esa idea de “interés público” es, pues, la que verdaderamente sustenta y fundamenta todo el derecho administrativo (...).”¹¹

Cabe resaltar que con base en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública el interés público viene a constituir un límite a la actuación de todo funcionario público ya que este deberá de desempeñar sus funciones en aras de la satisfacción de dicho interés. Aspecto que se ve reforzado con el artículo 3 de la Ley 8422, Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, el cual enmarca dentro del deber de probidad la obligación que tiene el funcionario público de orientar su gestión a la satisfacción del interés público.

¹⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 11578 de octubre del 2005.*

¹¹ Contraloría General de la República. Criterio 8683 del 24 de julio de 2002.

Si bien la satisfacción del interés público constituye el fin primordial de la Administración Pública, no es exclusivo de esta ya que los sujetos privados también podrían orientar sus acciones hacia la satisfacción del mismo. Lo anterior ha sido afirmado por la PGR la cual ha expresado que:

“ (...) no todo aquello que es de interés público constituye, necesariamente, un servicio público. De ahí que, como vimos en relación con nuestro ordenamiento positivo, existan muchas organizaciones o agrupaciones privadas que son consideradas o declaradas de interés o de utilidad pública, por la labor que desarrollan, aunque su finalidad o propósito no sea el brindar un servicio público propiamente, tal y como ha sido definido.”¹²

Es decir, que el interés público se puede satisfacer a través de contratos de colaboración entre el sector público y el privado, ante las limitaciones de recursos que con fondos públicos que derivan de los compromisos del presupuesto estatal.

Ahora bien, resulta necesario identificar cuáles son las áreas en las que actualmente se requiere de inversión para lograr la satisfacción del interés público, por lo que en el siguiente apartado se realizará un análisis de las las necesidades establecidas en los informes del Estado de la Nación de los últimos tres años.

¹² Procuraduría General de la República de Costa Rica. *Dictamen No.C-136-94*

1.3 Áreas de necesidad en Infraestructura establecidas en el Estado de la Nación.

El Estado de la Nación constituye una herramienta útil para identificar cuáles son las principales áreas de necesidad de nuestro país; ya que en dicho informe se analiza la situación política, económica, social y ambiental de Costa Rica por lo que se expone información relevante para la formulación de políticas públicas.

El informe anual del Programa del Estado de la Nación, ha señalado en sus distintas ediciones, entre otras cosas, cuáles son las áreas que representan una mayor necesidad de inversión y desarrollo, para este fin se apoyan en estudios, encuestas, entrevistas e investigaciones realizadas por expertos en los campos de estudio correspondientes.

Se señala en el informe del año 2016, que una de las áreas a las que se le debe brindar un mayor enfoque es al sistema de transporte, tanto público como privado, haciendo hincapié en la necesidad de implementar cambios en la infraestructura vial así como en los esquemas legales bajo los que funcionan los servicios de transporte y la necesidad de promover el ordenamiento territorial urbano.

Con respecto a este último punto se afirma que antes de poder darle solución a los problemas relativos a infraestructura vial y transporte, es preciso *“detallar las políticas de ordenamiento territorial urbano que se implementarán y las modificaciones que se harán en la organización y gestión de los sistemas de transporte público.”*¹³

El Estado de la Nación 2016 menciona también como uno de los retos actuales del

¹³ Programa del Estado de la Nación, *Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible* (San José, Costa Rica, 2015), 34.

país el hacer frente al déficit fiscal por el que se atraviesa, sobre este punto se indica que *“ante el complejo escenario fiscal que enfrenta el país, se han aplicado medidas para contener el gasto público e incrementar la recaudación tributaria. Esas acciones han evitado que se acelere el déficit, pero no han frenado el crecimiento de la deuda pública.”*¹⁴

Es importante también mencionar lo dicho acerca de moralidad fiscal, pues se afirma que *“se sabe que, cuanto más insatisfechas están las personas con los servicios públicos, más propensas son a justificar la evasión fiscal. Además, la disposición a aceptar aumentos de impuestos para financiar infraestructura pública decae en la medida en que crece la percepción de corrupción y falta de transparencia del Gobierno.”*¹⁵ Este aspecto constituye un reto actual para el país, toda vez que se requiere reforzar la transparencia en el servicio público para lograr el fortalecimiento del aparato fiscal.

La falta de capacidad del Estado para solventar las necesidades de la ciudadanía, y la falta de recursos para la inversión no es algo reciente, pues el Estado de la Nación del año 2000 nos muestra que en el período de 1991-1998 la inversión en infraestructura pública fue calificada como no satisfactoria, basado en las necesidades insatisfechas en áreas como carreteras, puentes, modernización de aeropuertos y puertos, entre otros.¹⁶ De igual modo acontece con el informe del Estado de la Nación del año 2004, en el cual se manifestó que las políticas de contención revirtieron la senda de la deuda pública pero a costa de una fuerte caída en inversión pública la cual tienen un impacto sumamente importante en la competitividad del país, razón por la cual se reduce el crecimiento de la economía hacia futuro; mientras que en el Estado de la Nación del año 2009 se expone la limitación del sector público para afrontar la construcción de obra pública, ya que el esquema basado en el financiamiento vía presupuesto de gobierno, ya no puede

¹⁴ Ibid, 39.

¹⁵ Ibid, 39.

¹⁶ Programa del Estado de la Nación, *Equidad e Integridad Social* (San José, Costa Rica, 2000), 91.

responder a los requerimientos de obra acumulados a largo de varios años¹⁷ y los requerimientos futuros.

Por su parte, los informes del Estado de la Nación del 2014 y del 2015 señalan que la baja inversión realizada por parte del Estado en obra pública tiene una repercusión directa en la productividad y competitividad del país, y esto se da a raíz de la incapacidad estatal de reformarse, no obstante se indica que en el año 2014 se presentó una leve expansión en la inversión social pública, a pesar de las restricciones fiscales existentes.

1.4. Capacidad de financiamiento del Estado para satisfacer las necesidades de Obras y Servicios Públicos.

1.4.1. Mecanismos de Ingresos:

1.4.1.1 Carga Impositiva

Ingresos

Los ingresos del sector público se encuentran divididos en ingresos corrientes e ingresos de capital. Los primeros corresponden a los ingresos tributarios, contribuciones sociales, ingresos no tributarios y transferencias corrientes. Mientras que en los ingresos de capital se encuentran la venta de activos, recuperación y anticipos por obra de utilidad pública, ingresos de capital, recuperación de préstamos y transferencias de capital¹⁸.

De todos los ingresos, los tributarios son los que constituyen la principal fuente de financiamiento del Estado. Por lo anterior resulta necesario definir qué se entiende por tributo; según el Código Tributario, corresponde a las prestaciones en dinero,

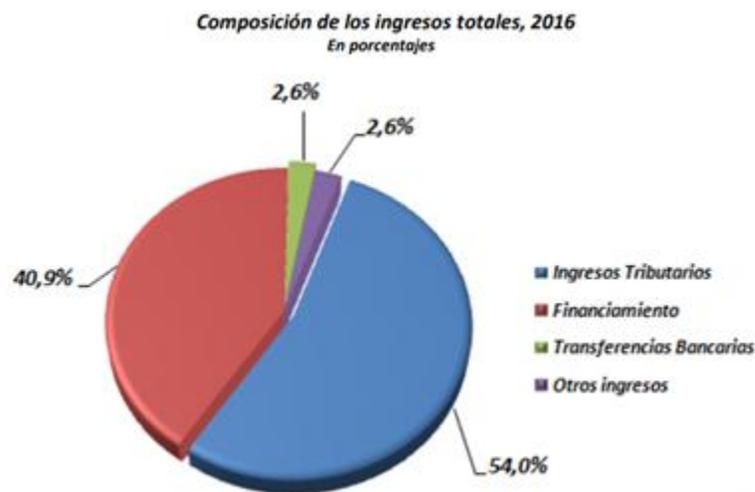
¹⁷ Según el VI Informe sobre el Estado de la Red Vial Nacional 2014-2015/, elaborado por el Laboratorio Nacional de Materiales y Modelos Estructurales de la Universidad de Costa Rica (LANAMME, UCR), el país muestra un atraso de aproximadamente 35 años en materia de infraestructura.

¹⁸ Ministerio de Hacienda, *Normas y criterios operativos para la utilización de los clasificadores presupuestarios del sector público* (San José, Costa Rica, 2008)

que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.

Por lo que se puede concluir que el tributo *tiene una importancia fundamental para financiar al Estado y lograr la satisfacción del interés público. Por lo que su efectivo recaudo, facilita el desarrollo de sus proyectos de inversión.*¹⁹

En el siguiente gráfico se representan los ingresos totales del año 2016, donde más de la mitad corresponde a tributos²⁰.



Situación actual

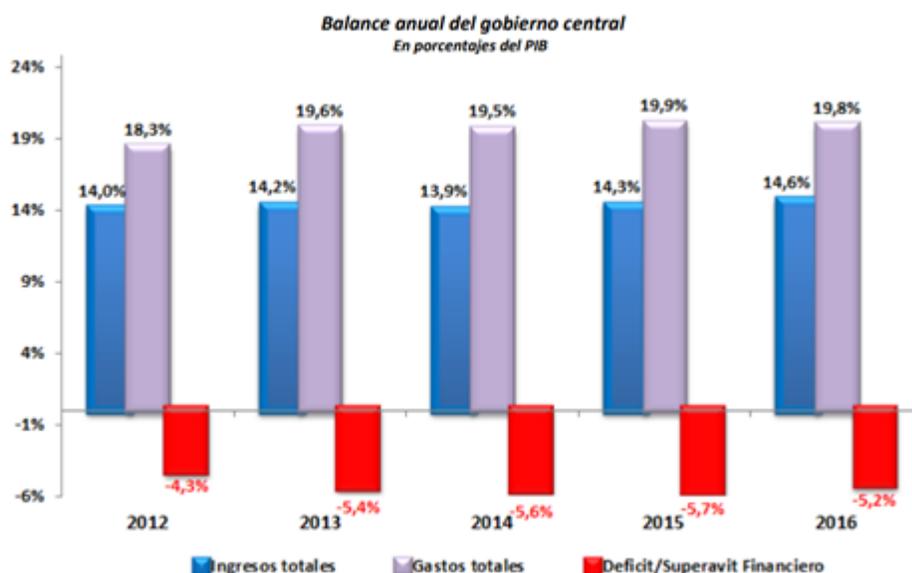
La memoria de ingresos tributarios del 2015, elaborada por el Ministerio de Hacienda, arroja resultados preocupantes en cuanto al déficit fiscal existente en nuestro país, ya que tal y como se indica, a pesar de las medidas para minimizar la situación, el déficit fiscal reportado para ese periodo es el más negativo durante los últimos años.

¹⁹ Carlos D'Alolio Jimenez, *Aplicación de la prescripción liberatoria a las categorías tributarias* (San José, Costa Rica, Escuela Judicial.) accesado 8 de enero, 2018.

²⁰ Ministerio de Hacienda. *Análisis del comportamiento de los ingresos tributarios: Año 2016*. (San José Costa Rica, 2018) Accesado 17 de abril, 2018 http://www.hacienda.go.cr/docs/5ad76e72dbeef_ancomp2016.pdf

En dicho documento se explica que si bien durante el 2015 el comportamiento de los ingresos corrientes más los ingresos de capital como porcentaje del PIB, evidencia una leve mejora respecto al año 2014, los gastos totales representaron en el año 2015 el 20,7% del PIB, es decir, 0,7 p.p. más de lo que registró en el año 2014. Ubicándose así el déficit financiero en el 5,9%.

El siguiente gráfico refleja el comportamiento que ha tenido el déficit fiscal en el Gobierno Central durante el periodo que va del 2012 al 2016.



Fuente: Ministerio de Hacienda

La problemática con respecto al déficit fiscal fue también expuesta por la Contraloría General de la República en la memoria anual del 2016, en la cual se afirma que el punto más débil en el desempeño macroeconómico del país se encuentra relacionado con las finanzas públicas ya que la tendencia de la deuda pública continúa creciente.

Por su parte el Estado de La Nación del 2017, señaló lo siguiente respecto a la situación económica del país:

En el 2016 el déficit fiscal representó un 5,2% del PIB, 0,5 puntos porcentuales menos que el año anterior. A pesar de esta reducción, los ingresos no alcanzan para hacer frente a la acelerada expansión del gasto. En el 2016 se cumplió un

*cuatrienio en que el déficit fiscal no bajó del 5% del PIB. En la medida en que el país no ha corregido las fallas estructurales que provocan la falta de solvencia del Gobierno Central, el modesto avance logrado podría revertirse en el corto plazo, por las presiones externas de las tasas de interés y la depreciación de la moneda nacional.*²¹

Cabe mencionar también también el acelerado aumento que ha tenido el endeudamiento del país, el cual responde a la falta de ingresos del estado para lograr solventar el gasto público.²² Como herramienta para combatir el déficit fiscal existente, se han dictado medidas de contención del gasto público, no obstante dichas medidas han afectado la inversión pública, por ejemplo en el 2014 el porcentaje de inversión descendió un 2%, en comparación con el año 2013. Lo anterior también fue reafirmado en el Estado de la Nación del 2016, en el cual se afirma que estas medidas de contención restringen la capacidad del Gobierno Central para invertir en capital, sobre todo en infraestructura pública.²³

En el período 2011-2016 los estímulos fiscales fueron moderados e incluso contractivos en algunos años (2011, 2015 y 2016), aunque la contención del gasto no logró resolver la falta de solvencia²⁴.

Ahora bien, ya que las medidas de contención de gasto significan menos capacidad de inversión se podría pensar que otra alternativa sería realizar una reforma tributaria²⁵, con el fin de que el Estado logre percibir más tributos, un ejemplo de esto es el Proyecto de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas el cual ingresó a la Asamblea Legislativa el 09 de noviembre del 2018 ingresó y se tramita bajo el

²¹ Programa del Estado de la Nación, *Oportunidades, Estabilidad y Solvencia Económica* (San José, Costa Rica, 2017), 125.

²² *Ibíd.*

²³ Programa del Estado de la Nación, *Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible* (San José, Costa Rica, 2016), 110

²⁴ Mauricio Soto Rodríguez, *Análisis de las finanzas públicas en Costa Rica: origen y estado de una crisis latente* (San José, Costa Rica 2017)

²⁵ En los último años se han dado intentos por hacer reformas estructurales al sistema tributario del país. En el año 2004 se presentó el proyecto de Ley de Pacto Fiscal y Reforma Fiscal Estructural, el cual sufrió una declaratoria de inconstitucionalidad en el año 2006. En el año 2014 se presenta un proyecto de ley que pretendía reformar la LISR y la LIGV pero tampoco se concretó.

expediente 20.580. Según un comunicado de presidencia este proyecto de ley tiene como objetivo finalizar la propuesta del fortalecimiento de la hacienda pública, que inició el Ministerio de Hacienda desde el 2014. Este proyecto consta de cuatro componentes, dos dirigidos a la búsqueda de ingresos frescos que permitirán reducir el déficit fiscal en el corto plazo, y dos propuestas cuyo objetivo es generar una disciplina fiscal y una mayor calidad en el gasto público en el mediano y largo plazo. Con estas cuatro iniciativas se busca contrarrestar el problema actual, de la brecha entre ingresos y gastos, pero también se incorpora una visión de sostenibilidad de las finanzas públicas a futuro, con elementos de eficacia y eficiencia²⁶.

No obstante para este tipo de proyectos se debe tener en cuenta que la disposición de los ciudadanos, a aceptar más impuestos con el fin de reducir el déficit y de que el Estado cuente con más recursos para lograr la satisfacción del interés público, decae en la medida en que crece la percepción de corrupción y falta de transparencia del Gobierno²⁷.

Por lo que si tomamos en cuenta la encuesta realizada por la Contraloría General de la República en el año 2017, la ciudadanía no estaría en disposición de aceptar estos aumentos; ya que dicha encuesta arrojó como resultados que un 85% de la población considera que en la actualidad hay mucha corrupción, y un 61% percibe que la corrupción ha ido en aumento durante los últimos dos años²⁸. Además de conformidad con el Estado de la Nación es fundamental reducir el costo económico y social de una reforma tributaria, a fin de evitar un descenso en las oportunidades para las personas y las empresas.²⁹

²⁶ Casa Presidencial, Comunicado de prensa *Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas*. (San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 23 de abril del 2018 <https://presidencia.go.cr/gobierno-abierto/2017/11/proyecto-de-ley-ley-de-fortalecimiento-de-las-finanzas-publicas/>

²⁷ *ibid.*

²⁸ Contraloría General de la República. *Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Corrupción*. (San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 10 de marzo 2018 <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/enpc/percepcion.html>

²⁹ Programa del Estado de la Nación, *Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible* (San José, Costa Rica, 2016), 118.

1.4.1.2 Regulaciones impuestas por la Ley 8131 respecto a las fuentes de ingresos públicos.

El Estado, en el afán de alcanzar la satisfacción del interés público, actúa en un constante proceso de toma de decisiones, que no solo están condicionadas por el cumplimiento de un marco jurídico que le rige, sino también por la disponibilidad de los recursos asignados, que por lo general son escasos³⁰. Y es en la toma de decisiones sobre cómo se van a administrar los recursos disponibles donde entra a jugar un papel muy importante el presupuesto; siendo este un instrumento que expresa en términos financieros el plan anual de la institución, mediante la estimación de los ingresos y los gastos necesarios para alcanzar con los objetivos y las metas establecidas³¹.

En nuestro país el régimen económico-financiero se encuentra regulado por la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos (Ley 8131), dicho régimen comprende el conjunto de sistemas, órganos, normas y procedimientos administrativos que facilitan la recaudación de los recursos públicos y el uso de los mismos en forma óptima para lograr el cumplimiento de los objetivos estatales.

Dentro de los fines de la citada ley se encuentra: propiciar que la obtención y aplicación de los recursos públicos se realice según los principios de economía, eficiencia y eficacia.

Además de los mencionados en el párrafo anterior, los presupuestos públicos deben de cumplir con una serie de principios de carácter presupuestario. Para la presente investigación cobra importancia el principio de gestión financiera según el cual la administración de los recursos del sector público deberá estar orientada a los intereses generales de la sociedad; es decir a la satisfacción del interés público.

³⁰ Contraloría General de la República. *Curso de Normas Técnicas sobre Presupuesto Público* (San José, Costa Rica 2008)

³¹Ibid

Al respecto debe tenerse presente que la Sala Constitucional ha reconocido que las administraciones públicas, en virtud de su vocación prestacional, se encuentran obligadas a atender eficiente y eficazmente los requerimientos de la comunidad, con el fin de lograr el bienestar general³².

Ahora bien, con el fin de dar un mejor entendimiento en cuanto al funcionamiento del presupuesto en nuestro país, se considera importante explicar sus fases. Este se divide en tres, la primera fase corresponde a la etapa de formulación del presupuesto esta es la fase del proceso presupuestario que comprende el conjunto de normas y procedimientos sistemáticos, coordinados y ordenados de carácter técnico, legal y administrativo para la elaboración del presupuesto institucional³³, luego se pasa a la aprobación que es cuando la cual la autoridad competente conoce, estudia y se pronuncia por medio de acto administrativo sobre el presupuesto formulado³⁴ de esta fase finaliza con el acto de aprobación de la autoridad competente dando como resultado un presupuesto válido y eficaz.

La segunda es la de ejecución la cual se define de la siguiente manera:

“Es la fase del proceso presupuestario que comprende el conjunto de normas y procedimientos sistemáticos y ordenados de carácter técnico, legal y administrativo que, partiendo del presupuesto institucional aprobado, se aplican para la recaudación o recibo de los recursos estimados en ese presupuesto, con el propósito de obtener bienes y servicios y ejecutar cualquier otro gasto, en cantidad, calidad y oportunidad necesarios para el cumplimiento eficiente, efectivo y económico de los objetivos y metas establecidos en los planes y programas presupuestarios.”³⁵

³²Ibid

³³ Contraloría General de la República, *Normas Técnicas sobre Presupuesto Público. Normas relativas a la fase del procedimiento presupuestario. Fase de formulación del presupuesto 4.1.*

³⁴ Contraloría General de la República, *Normas Técnicas sobre Presupuesto Público. Normas relativas a la fase del procedimiento presupuestario. Fase de formulación del presupuesto 4.2.*

³⁵ Contraloría General de la República, *Normas Técnicas sobre Presupuesto Público. Normas relativas a la fase del procedimiento presupuestario. Fase de formulación del presupuesto 4.3.*

Por último se encuentra la fase de control y evaluación la cual corresponde al proceso para garantizar razonablemente el cumplimiento eficiente, efectivo y económico del presupuesto institucional, *Este procedimiento de control identifica y mide las desviaciones en la ejecución del presupuesto institucional para que se realicen oportunamente las correcciones que correspondan, a fin de lograr concordancia entre esa ejecución y los límites previstos -financieros y físicos- definidos en el presupuesto aprobado y el plan anual de la institución. Y es responsabilidad de los jefes, titulares subordinados y demás funcionarios de la institución.* Una vez explicado el procedimiento presupuestario de nuestro país, y expuesto la situación económica actual, se procede a explicar en el siguiente apartado otra de las razones que dificulta la inversión por parte del Estado en nuestro país, como lo es la rigidez del gasto.

1.4.2 Rigidez presupuestaria

En el presente apartado se procederá a analizar la problemática de la rigidez del gasto a nivel presupuestario en nuestro país. Primero es importante señalar que *la política fiscal, puede tener margen de acción, dependiendo del peso que tenga el gasto no discrecional sobre el total de los gastos, ya que esto determina la flexibilidad que puede existir en la toma de decisiones de control del gasto.*³⁶

Según el Ministerio de Hacienda el presupuesto de nuestro país contiene un significativo número de destinos específicos³⁷ que le dan alta rigidez al presupuesto.

³⁶ Contraloría General de la República *Presupuestos públicos 2017 Situación y perspectivas* (San José Costa Rica, 2017). Accesado el 22 de abril del 2018 [.https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/presup_pub/2017/files/assets/downloads/publicacion.pdf](https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/presup_pub/2017/files/assets/downloads/publicacion.pdf)

³⁷ A manera de ejemplo podemos mencionar el 8% de total los ingresos fiscales que debe de ser destinado al Ministerio de Educación Pública.

Lo anterior impide que se pueda utilizar el Presupuesto de la República como una herramienta efectiva de política fiscal, y que se permita orientar los recursos a necesidades prioritarias.³⁸ Inclusive la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en el Informe sobre Análisis de políticas fiscales de la OCDE: Costa Rica 2017, determinó que el destino específico de los ingresos fiscales limita sustancialmente el poder discrecional del Gobierno, y además produce distorsiones en la distribución de los fondos públicos y en dificultades para equilibrar el presupuesto.³⁹

Sobre la creación de destinos específicos de ingresos fiscales la Contraloría General de la República ha manifestado que:

“...aquellas necesidades que han justificado la creación de cargas económicas con destinos específicos pueden dejar de existir con el transcurso del tiempo, o al menos, no ser prioritarias, y por ende, el ingreso que se genera con dichas imposiciones fiscales no puede ser canalizado en la atención de nuevas necesidades que demanden soluciones por parte del Estado; evidenciándose la ineficacia que genera este tipo de distribuciones tributarias y que provoca la creación de múltiples cargas fiscales”⁴⁰.

Según el informe del Estado de la Nación 2017 *la rigidez del gasto del Gobierno Central ha provocado que la inversión en capital sea un componente residual del Presupuesto, pese a su importancia para un país que tiene un severo rezago en materia de infraestructura.*⁴¹

³⁸ Ministerio de Hacienda *Marco fiscal presupuestario de mediano plazo 2013-2018* (San José Costa Rica, 2013). Accesado el 20 de abril del 2018 http://www.hacienda.go.cr/docs/52224ab8cd313_MARCO%20PRESUPUESTARIO%20MEDIANO%20PLAZO%202013_2018.pdf

³⁹ OECD *Análisis de políticas fiscales de la OECD: Costa Rica 2017* (París Francia, 2017). Accesado el 22 de abril del 2018 https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/analisis-de-la-politica-fiscal-de-la-ocde-costa-rica-2017_9789264278608-es#page22

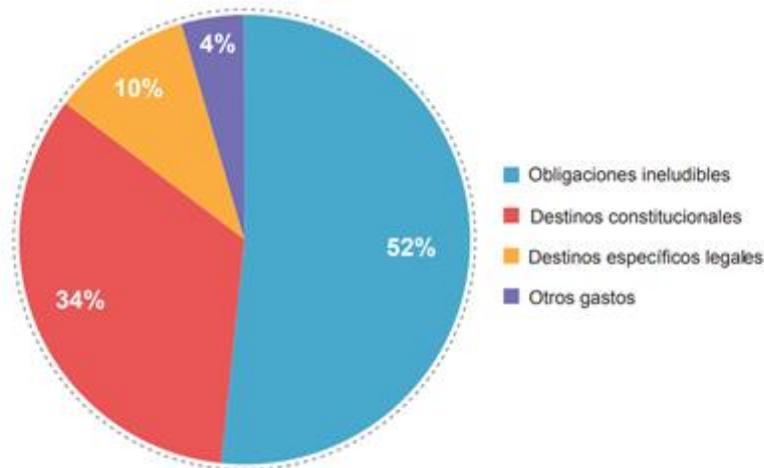
⁴⁰ Contraloría General de la República, *Informe DFOE-EC-0864*, 14 de diciembre del 2017.

⁴¹ Programa del Estado de la Nación, *Oportunidades, Estabilidad y Solvencia Económica* (San José, Costa Rica, 2017), 129.

Además ese Órgano Contralor en la memoria anual presentada a la Asamblea Legislativa en el presente año (2018) manifestó que:

“...regularmente se ha señalado la necesidad, ante la rigidez del presupuesto, de ajustar los destinos específicos a la realidad económico y social del país, ante la rigidez que caracteriza al presupuesto”.

En nuestro país, para el presupuesto del 2018 aproximadamente un 96% de los gastos se encuentran asociados a porcentajes fijos, lo que quiere decir que únicamente un 4% puede ser asignado con mayor discrecionalidad y en respuesta a necesidades actuales⁴². En el siguiente gráfico se refleja la rigidez del presupuesto nacional para el presente año:



Fuente: : Dirección General de Presupuesto Nacional, Ministerio de Hacienda.

⁴²Ministerio de Hacienda, *Ley de Presupuesto Nacional en Costa Rica*. (San José, Costa Rica, 2017) Accesado el 25 de abril del 2018 http://www.hacienda.go.cr/docs/5a31aaa85eb6b_Folleto%20LEY%20Presupuesto%20Nacional%202018.pdf

En síntesis en nuestro país se mantienen retos importantes para lograr reducir la rigidez del gasto para poder redirigirlo a otras áreas prioritarias que no tienen sustento normativo como es la inversión en infraestructura⁴³. Ante esta rigidez del gasto y el déficit fiscal es que se hace necesario recurrir a fuentes privadas de financiamiento con el fin de lograr la satisfacción del interés público.

⁴³Informe del Estado de la Nación, Op. Cit. p, 126.

Capítulo II Formas de Gestión de Obra Pública y Servicio Público

Como se indicó en el apartado anterior las instituciones públicas tienen la obligación de cumplir con lo establecido en la Ley 8131, para el manejo de los recursos que les son asignados; ahora bien de conformidad con la disponibilidad de recursos que posean dichas instituciones deben de decidir cuál es la mejor manera de alcanzar el fin público para el que fueron creadas, ya que en ocasiones puede que los ingresos previstos no sean suficientes para cubrir la gran cantidad de necesidades que son identificadas y es en estos casos en los que se busca optar por formas novedosas de contratación como lo son las APPs.

Para alcanzar la satisfacción del interés público y llevar a cabo la prestación de los servicios públicos, se destacan dos modelos de gestión estatal a saber gestión directa y gestión indirecta.

2.1 Directa

La gestión directa se da cuando el servicio lo presta la Administración por sí misma, o mediante otra persona jurídica pública o privada, exclusivamente dependiente de ella, de tal manera que aquella asume el riesgo de la prestación del mismo.⁴⁴

Según José Roberto Dromi, los modelos de gestión directa se pueden clasificar en dos según la Administración Pública que gestione la actividad o servicio. La primera corresponde a la gestión directa centralizada, la cual se da cuando la actividad es dirigida y ejecutada por la Administración Central a través de órganos jerarquizados de ella, con competencia especial o general, según los casos, carentes de

⁴⁴ José María Boquera. *Derecho Administrativo, Volumen I*, (Madrid, España. 1996), 223.

personalidad jurídica y patrimonio propio, subordinados jerárquicamente a la autoridad superior de la Administración Central y sujetos a los controles legales y técnicos por parte de aquella⁴⁵.

Mientras que la gestión directa descentralizada ocurre cuando la actividad administrativa o económica adscrita al sector público es dirigida y ejecutada por un ente gestor de personalidad jurídica y patrimonio propio, que actúa como ente filial al Estado central, en cumplimiento de la gestión instrumental, y no está sometido al control jerárquico o de subordinación orgánico-piramidal sino bajo la tutela administrativa de la Administración Central que titulariza los poderes conferidos limitadamente por la ley en cuanto a su control y fiscalización.

2.1.1 Problemas actuales

Tal y como se explicó anteriormente, en la actualidad el Estado costarricense no cuenta con los recursos suficientes para poder invertir en obra o servicios públicos, y por el contrario se han decretado medidas de contención del gasto⁴⁶.

En una publicación realizada por la CEPAL en el año 2016 se señala la urgente necesidad que tiene Costa Rica de tomar las medidas necesarias que le permitan recuperar su capacidad financiera.⁴⁷ Al respecto el Expresidente Luis Guillermo Solís había indicado que la prioridad absoluta era sacar adelante los proyectos de ley que constituyen la reforma tributaria⁴⁸. Cabe resaltar que según datos del

⁴⁵ José Roberto Dromi, *Manual de Derecho Administrativo 1-2* (Buenos Aires, Argentina, 1987)

⁴⁶ En abril del 2017 el Ministerio de Hacienda comunicó las nuevas disposiciones sobre contención del gasto público, las cuales tienen como objetivo fortalecer las medidas de contención que habían sido dadas a conocer en el año 2015. Entre las medidas establecidas para la contención del gasto se encuentran el recorte de un 5% del presupuesto a órganos adscritos que no generen sus propios recursos y que las entidades con fondos en caja única del Estado podrán solicitar más recursos al Ministerio de Hacienda hasta agotar todo su presupuesto.

⁴⁷ Alberto Arenas de Mesa, *Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina* (Santiago Chile, 2016) Accesado el 22 de febrero del 2018 http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40624/1/S1600733_es.pdf

⁴⁸ Presidencia de la República Comunicados, *Presidente llama aprobar el plan fiscal*. Accesado el 17 de febrero del 2018 <https://presidencia.go.cr/comunicados/2016/03/presidente-llama-a-aprobar-el-plan-fiscal/>

Ministerio de Hacienda, desde 1978 todos los gobiernos han planteado reformas al sistema tributario, limitándose a tres cambios importantes: en 1982, 1988 y 1997⁴⁹.

Por lo que ante dicho panorama, la capacidad del Estado de gestionar directamente las obras y servicios públicos se ve disminuida, hasta tanto nuestro país no ejecute medidas efectivas que contribuyan a la mejora de la situación financiera. Y es en aras de velar por el cumplimiento del fin mismo del Estado costarricense de velar por la satisfacción del interés público, se debe de optar por la búsqueda de nuevas formas de contratación que permitan la inversión de capital privado en obra y servicios públicos.

2.2 Indirecta

En la gestión indirecta, la Administración Pública procede a contratar con particulares para que estos asuman la explotación del servicio y a la vez el riesgo económico que conlleva la prestación del mismo.⁵⁰

Se debe tener claro que mediante estos mecanismos la Administración transfiere la gestión del servicio, pero no su titularidad, siendo que el Estado conserva las potestades de fiscalización y supervisión de los contratos

El Estado costarricense apegado al principio de legalidad ha recurrido a estas formas de gestión. En nuestro país la forma más conocida corresponde a la concesión, no obstante junto a esta forma contractual se encuentran diversas figuras e incluso actos administrativos cuya especificidad es permitir al particular la gestión del servicio.⁵¹

⁴⁹ Fernando Rodríguez Garro, *Reformas fiscales recientes: el caso de Costa Rica* (París Francia, 2017) Accesado el 14 de abril del 2018 <https://www.oecd.org/tax/tax-global/Session-2-Costa%20Rica.pdf>

⁵⁰ José María Boquera. Óp. Cit. p. 228

⁵¹ Procuraduría General de la República. *Opinión Jurídica No. 014 del 30 de enero del 2013.*

La Sala Constitucional manifestó al respecto en el voto 2005-5895 de las 14:47 horas del 18 de mayo del 2005 lo siguiente: *“para lograr que un sujeto de Derecho privado brinde un servicio público a través de una concesión o un contrato de prestación de servicios, el ente público titular de éste debe abrir, por imperativo constitucional un procedimiento administrativo de contratación denominado licitación pública (...) su objetivo es que el ente público escoja la mejor oferta que se formula desde un punto de vista financiero y técnico.”*⁵²

Asimismo, en el mismo voto la Sala Constitucional indicó que: *“la gestión indirecta de un servicio público cuya titularidad es del Estado se justifica, por imperativo constitucional, para dar cabal cumplimiento a los principios constitucionales de la organización y función administrativas de eficacia y eficiencia y, desde luego, también, para actuar los principios generales de los servicios públicos que tienen profunda raigambre constitucional de continuidad, regularidad y universalidad.”*⁵³

Así vemos pues cómo es posible que, ante la imposibilidad estatal de cumplir con la satisfacción de determinada necesidad, se recurra a la colaboración por parte de un tercero con el fin de dar satisfacción al interés público.

2.2.1 Tipos

2.2.1.1. Concesión

Las concesiones son la figura contractual más ampliamente desarrollada y aplicada en nuestro país bajo un esquema de colaboración público-privada. En 1998 se promulgó la Ley General de Obra Pública con Servicio Público, misma que ha sido hasta la fecha el marco jurídico regente para la ejecución de este modelo contractual.

Este tipo de contrato es entendido como: "el medio más eficaz dentro de nuestro Estado moderno para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación

⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No.5895 del 18 de mayo del 2005.*

⁵³ *Ibíd.*

de recursos federales que la Administración Pública no está en condiciones de desarrollar ya sea por incosteabilidad económica, por impedimentos organizacionales propios o por inconveniencia política”⁵⁴

Bajo este esquema ocurre que el colaborador privado construye, opera y generalmente también asume los riesgos que implican estas actividades dentro de un proyecto sin que cuente con garantía del gobierno, este modelo suele utilizarse para puertos, aeropuertos y autopistas; en nuestro país encontramos el ejemplo del Corredor Vial San José-Caldera Ruta 27, cuyo objetivo es: *“la prestación de servicios de diseño, planificación, financiamiento, construcción, rehabilitación, ampliación, reparación, mantenimiento y conservación de la carretera San José - Caldera y de las áreas de servicios básicos, servicios especiales y de los servicios complementarios, así como su operación y explotación.”*⁵⁵

En nuestro ordenamiento jurídico hallamos regulados dos tipos de concesiones por saber:

2.2.1.1.1 Concesión de Obra Pública:

La concesión de obra pública es entendida como un modelo de contratación bajo el cual un contratante privado, pudiendo ser una persona física o jurídica, conviene invertir su capital en obra pública, encargándose de la construcción, el mantenimiento y operación de la misma; esta obra será propiedad del Estado y este

⁵⁴ Jorge Calafell, *“Teoría General de la Concesión.”* Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 26, (1996), accesado enero 18, 2017. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11299/10346>

⁵⁵ Consejo Nacional de Concesiones, *Corredor vial San José-Caldera Ruta 27.* Accesado en 12 de marzo del 2018

<http://www.cnc.go.cr/index.php/proyectos/en-marcha/corredor-vial-san-jose-caldera-ruta-27>

le otorgará al concesionario una autorización para que explote a la misma por un plazo determinado en el contrato de concesión.⁵⁶

Es necesario apuntar el hecho de que en este tipo de acuerdo los bienes dados en concesión nunca salen del haber del Estado, sino que en todo momento conserva este la titularidad, así lo han manifestado en reiteradas ocasiones nuestros órganos judiciales aduciendo que: *“bajo el amparo de un figura contractual, la persona física o jurídica actúa en nombre del Estado realizando obras en bienes que pertenecen a éste, de manera que el contrato de concesión responde a una modalidad de ejecución de obras con o sin prestación de servicios públicos, que realiza de forma indirecta la Administración Pública, no siendo dable afirmar que a través de esta figura contractual se transfiera la titularidad de las obras y bienes que responden al dominio público, por lo que el Estado no cede en ningún momento, las facultades de imperio que le asisten de acuerdo al régimen demanial.”*⁵⁷

2.2.1.1.2 Concesión de obra pública con servicio público:

La ley 7762 define la figura de concesión de obra pública con servicio público en el inciso b) de su primer artículo diciendo que es: *“contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato 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.”*

⁵⁶ Jose Alfredo Sanchez, *Documento de política de concesiones para Costa Rica* (San José, Costa Rica. 1997). Accesado el 18 de marzo del 2018 <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen244.pdf>

⁵⁷Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 10492 del 28 de setiembre del 2014.*

Este tipo de concesión no obstante tiene ciertos requisitos para su aplicación, pues cabe solo para la prestación de servicios públicos que no se constituyan como una manifestación de las potestades de imperio y que no sean considerados esenciales respecto del Estado, al igual que ocurre con la obra pública concesionada, acá la titularidad del servicio continúa siendo del Estado, por lo cual conserva la potestad de vigilancia a la vez que conserva la responsabilidad por la prestación del servicio dado en concesión.⁵⁸

El análisis del expediente legislativo que recoge la discusión en el plenario de la ley en cuestión permite observar que desde un inicio se concibió la figura como un medio apropiado para estimular el interés del sector privado en la participación de proyectos de Concesión de Obra Pública, así lo manifestó el ingeniero Bernardo Arce, en una comparecencia ante la Asamblea Legislativa, ocupando en ese entonces el cargo de Ministro de Obras Públicas y Transportes, en esa misma comparecencia también indicó que el instrumento de Concesión de Obra Pública a través de América Latina ha funcionado para que las empresas privadas financien proyectos que resultan muy costosos para el Estado, gracias a que estas ya tienen los instrumentos requeridos para realizar dicho financiamiento⁵⁹.

Cabe destacar que desde ese entonces se ha utilizado a Chile como referente en la materia, siendo que en dicha oportunidad el entonces Ministro también apuntó que deberíamos emular el ejemplo chileno, pues a diferencia de lo que hizo México, en Chile se desarrolló un procedimiento más pausado y con mayores oportunidades para revisar cada etapa del procedimiento antes de adjudicar la obra.

⁵⁸Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 10492, del 28 de setiembre del 2014.*

⁵⁹ Expediente Legislativo 11.344

Bajo dicho expediente se incluye también un pronunciamiento de la Procuraduría General de la República resultando de interés el análisis que se realiza respecto a la “Coordinadora Nacional”, pues en el texto del proyecto de ley se incluía que sería competencia de dicho ente las actividades preparatorias que resultasen necesarias a fin de implementar todo procedimiento de concesión y concluye dicha mención la Procuraduría manifestando que el proyecto evidencia desconfianza en la Administración al impedirle que esta asuma la responsabilidad que le corresponde.

En relación con el tema de concesiones la Sala Constitucional ha manifestado que: *ningún procedimiento de contratación para la concesión de una obra con servicio público puede conllevar a la transferencia al particular concesionario, de potestades de actuación unilateral de la Administración, en las que mediante el ejercicio de su “imperium” puede actuar en contra de la voluntad de los particulares, quienes deben someterse a sus designios por estar los mismos legitimados por su sujeción al principio de legalidad y su finalidad de atención del interés general*⁶⁰

Respecto a los derechos que le amparan al concesionario ha indicado la Sala que: *“el concesionario de servicio público es titular de derechos, lo cuales tienen su origen directamente en el contrato administrativo, y que consisten esencialmente en el derecho de prestar el servicio en los términos y condiciones establecidos en el contrato de concesión y conforme a las normas jurídicas en vigor, así como el derecho de percibir una remuneración por parte de los usuarios del servicio como contraprestación del mismo, manteniendo el equilibrio del contrato.”*⁶¹

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 5403, del 03 de octubre de 1995.*

2.2.1.2 Sociedad Pública de Economía Mixta

El modelo contractual de Sociedades Públicas de Economía Mixta, en adelante llamadas SPEM, presupone la creación de una empresa que brinde servicios públicos y que en su constitución participe un socio público y uno privado, este último socio ha de ser especialista en el área en la cual se va a brindar el servicio; en este tipo de empresas, al igual que ocurre en las demás, el socio mayoritario ostentará el poder administrativo, mismo que suele ser ocupado por el sector público, esto con el fin de tener control sobre la utilización de los activos pertenecientes a la empresa,⁶² en la legislación costarricense se dispone que el 51% de las acciones de la sociedad deberán pertenecer a la municipalidad y el 49% restante corresponderá al socio privado.

Sobre este punto señala una investigación realizada para el PIAPPEM (Programa para el impulso de Asociaciones Público Privadas en Estados Mexicanos) que *“la sociedad mixta, como esquema de APP, consiste en que ella misma es el socio privado de la Administración y, en cuanto tal, acometerá la construcción, financiación, (...) operación y mantenimiento de la infraestructura.”*⁶³

La regulación de esta figura dentro del marco jurídico costarricense se analizará de manera más detallada en el apartado 2.3.4 del presente trabajo.

⁶² Centro de Estudio de las Finanzas Públicas, *Las Asociaciones Público-Privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas*. (Ciudad de México, México. 2016) Accesado el 14 de enero del 2018 <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/junio/eecefp0032016.pdf>

⁶³PIAPPEM, *Experiencia española en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: marco general* (Madrid, España. 2009) Accesado el 14 de enero del 2018 <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/4888/Cap%C3%ADtulo%201.%20marco%20general%20.pdf?sequence=1>

2.2.1.3 Asociaciones Público Privadas

Existen múltiples acepciones para la figura de las APP, una de ellas es la brindada por el Fondo Multilateral de Inversión en un estudio realizado en el cual se define a las APP como “una alternativa financiera y de gestión para ofrecer infraestructura y servicios públicos, usando una concepción amplia del concepto de “gestión”, que incluye la construcción, la operación y el mantenimiento de la infraestructura.”⁶⁴

En tanto la CEPAL, en un documento que recopila las memorias de la pasada Cumbre de Tuxtla celebrada en nuestro país en el mes de marzo del año 2017 dice al respecto que *“las asociaciones público-privadas son acuerdos de colaboración entre el sector público y el privado para la consecución de objetivos comunes o complementarios tanto a nivel nacional como regional. A pesar de su cada vez más extendida utilización, su forma, implementación y evolución varían dependiendo del entorno en el que se desarrollan”*⁶⁵

Encontramos también la conceptualización brindada por el World Bank Group siendo que *“una asociación público-privada se refiere a un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública.”*

El principal objetivo que persiguen las alianzas entre el sector público y el privado es la realización de proyectos de interés público, debido a la limitación presupuestaria con que cuentan los gobiernos causada principalmente por el déficit fiscal.

⁶⁴Ramón Espelt (FOMIN), *Lecciones aprendidas y mejores prácticas en proyectos de asociación público privada*. (Madrid, España. 2015). Accesado el 15 de enero del 2018. http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/FOMIN_Lecciones_aprendidas-PPP-2015.pdf

⁶⁵ CEPAL. *Asociaciones público-privadas como instrumento para fortalecer los objetivos del Proyecto Mesoamérica*. (San José, Costa Rica. 2017)

El World Bank Group señala que *“debido a las limitaciones de recursos públicos y fiscales, y reconociendo la importancia de la inversión en infraestructura para impulsar el crecimiento en sus economías, los gobiernos recurren cada vez más al sector privado como fuente alternativa de financiamiento adicional para cubrir el déficit de financiación.”*

Se destaca el interés por parte de los gobiernos de no solo aprovechar el financiamiento por parte del sector privado, sino también la experiencia y el modo de ejecución de los proyectos a realizar, dando como resultado una mejor prestación de servicios públicos.

Este tipo de alianza se constituye como una solución a los problemas de financiamiento que atraviesan principalmente los países en vías de desarrollo en cuanto a obra pública, siendo que permite aprovechar los conocimientos y la eficacia con que cuenta el sector privado para la realización de las obras de interés público que el Estado no es capaz de ejecutar por sí mismo; consideramos que esta figura posee gran potencial y se puede adaptar muy bien a las necesidades actuales de nuestro país, principalmente en el tema de infraestructura pública, pues la participación de un socio privado que planifique, financie, ejecute e incluso administre la obra podría ser la solución al rezago en que nos encontramos actualmente, es por lo anterior que estimamos conveniente y necesario el desarrollo de legislación alrededor de la figura de las APP con el fin de que se promueva y agilice su utilización en nuestro país.

2.3.1 Regulaciones en la Constitución Política

Nuestra Constitución Política actual data del año 1949. En ella están contenidas una serie de principios que regulan la contratación administrativa de forma directa, y también se hace referencia a esta de manera indirecta en artículos relativos a las competencias estatales definidas por esta figura. Así encontramos en la Constitución Política el marco referencial que da pie al posterior desarrollo de legislación en materia de contratación administrativa, tal y como se verá más adelante.

El numeral 183 constitucional consagra el procedimiento de licitación, mismo que fue desarrollado posteriormente en la Ley de Contratación Administrativa como la figura contractual exigida para la ejecución de contratos de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, a este efecto ha manifestado la Sala Constitucional en el voto 998-98 que *“por licitación debe entenderse el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado -en el sentido más amplio- para poder realizar su actividad de contratación, por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa: libre competencia, igualdad, publicidad, transparencia y controles, entre otros y que luego se desarrollan. Es un procedimiento administrativo tipificado por una serie de actos cuyo principal objetivo es la selección del contratista más idóneo”*⁶⁶ pues el constituyente del 49 a fin de evitar el aumento del gasto público y con el objetivo de poner fin a las contrataciones estatales sin licitación consideró necesario elevar a rango constitucional dicha figura de la licitación como mecanismo para contratar con la Administración.

⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No.0998 del 16 de febrero de 1998.*

No obstante cabe mencionar que en dicho voto también se manifestó que “(...) *la exigencia que se deriva del artículo 182 constitucional, es en cuanto el Estado debe sujetar su actividad contractual a la licitación, esto es, a la modalidad o conjunto de principios derivados de la norma constitucional, como procedimiento de garantía de control del interés público. En este sentido, no puede entenderse que esta norma constitucional -artículo 182- constituya una lista cerrada y taxativa con respecto a los distintos tipos o figuras contractuales, a manera de “numerus clausus”, en tanto se refiere a “la ejecución de obras públicas”, o “compras”, “ventas o arrendamientos”; sino que debe entenderse que se trata de una enumeración ejemplarizante de actividades que puede realizar el Estado, con lo que el sentido jurídico de la norma conduce a entender que ella se refiere a toda la actividad contractual del Estado, sin importar las distintas modalidades, o tipos contractuales que la administración utilice*”.⁶⁷

El jurista Ernesto Jinesta, ha manifestado que se concibe la licitación como una garantía institucional, a pesar de no mencionarse de forma expresa dicha figura protege institutos e instituciones constitucionales de gran relevancia, tales como derechos fundamentales y principios esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho; constituyendo así una especie de garantía para la consecución del interés público.⁶⁸ En la LCA se establecen una serie de principios que contribuyen a garantizar un procedimiento transparente y justo que dé como resultado la selección de la mejor oferta para lograr la satisfacción del interés público y el adecuado uso de los fondos públicos en resguardo de la hacienda pública de nuestro país.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Ernesto Jinesta. *Constitución y contratación administrativa*. (San José, Costa Rica, 2006), 6. Accesado el 11 de setiembre del 2017. http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONSTITUCI%C3%93N%20Y%20CONTRATACI%C3%93N%20ADMINISTRATIVA.PDF

Esta postura la vemos plasmada en el voto 11922-2007 de la Sala Constitucional, en el cual se indica que la licitación *“Se trata de un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados y acrece la posibilidad para la Administración de una mejor selección del contratista (...) y el garantizar la igualdad de oportunidad para las posibles personas interesadas en contratar con esta y el promover la más amplia competencia”*⁶⁹

Por su parte el artículo constitucional 121.14 dispone que será atribución de la Asamblea Legislativa:

“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 hidrocarbonadas, 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 solo 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.

⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 11922 del 22 de agosto del 2007.*

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 en forma del dominio y control del Estado.”

En el año 1992 varios diputados consultaron a la Sala Constitucional, en relación con el Proyecto de Ley General de Concesión de Obra Pública (Expediente Legislativo N 11.344), si el hecho de facultar al concesionario a explotar las nuevas instalaciones de ferrocarriles, muelles y aeropuertos, podría rozar con lo establecido en el artículo 121.14 de la Constitución Política. A dicha consulta la Sala Constitucional respondió que:

“Es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales en servicio). En consecuencia, la Constitución prevé dos regímenes para explotar esos recursos especialmente protegidos, sin que ninguno de ellos puedan salir del dominio del Estado: Uno, el de las concesiones o contratos otorgados por la Asamblea Legislativa directamente, en uso de una competencia originaria; el otro, su posibilidad sea de explotarlos, por la Administración Pública, sea de encomendarlos a particulares, mediante concesión legalmente otorgada o autorizada. Ambas posibilidades presuponen la competencia de la Asamblea Legislativa para fijar en el caso concreto, o bien regular en una ley general, "condiciones y estipulaciones" imperativas en la ejecución del contrato -como su naturaleza temporal, forma de cumplimiento, obligaciones mínimas del ejecutor, etc.-, las cuales sitúan fuera del alcance de los concesionarios o del acuerdo mismo de las partes, la posibilidad de apartarse de ellas”⁷⁰.

Por su parte, en lo correspondiente a la Gestión Interesada, la Sala Constitucional proporciona una clara definición, diciendo que: *“es una forma de gestión de los servicios y las obras públicas a través de la cual la Administración actúa mediante el concurso de un tercero (en este caso un particular), el cual actúa por cuenta y a*

⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 3789 del 27 de noviembre de 1992.*

nombre del Estado, quien cobra el servicio, dando como remuneración al gestor un estipendio previamente definido. En este caso, es el ente público respectivo el que continúa a cargo del bien y de todos los servicios públicos relacionados con este, pero sirviéndose del gestor como administrador.”⁷¹

De igual modo, la misma sentencia señala la diferencia existente entre el contrato de concesión y el contrato de gestión interesada, siendo que: *“la responsabilidad por el servicio público allí prestado permanece en manos del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que ante él pueda asumir el gestor por faltas a sus deberes. Se diferencia de otras figuras tales como la concesión de obras y servicios públicos en el tanto en que en estas últimas ocurre una verdadera traslación de la prestación y explotación del servicio; asimismo, en la concesión la retribución del particular se produce a partir de los pagos que reciba directamente del público, y la responsabilidad reposa siempre en el concesionario.”⁷²*

La gestión interesada corresponde entonces a la autorización con que cuenta la Administración Pública de explotar los bienes y recursos que se encuentran en el último párrafo del numeral 121 constitucional bajo un régimen especial, pudiendo esta actuar de forma de directa o bien encomendando su explotación a un particular, sin que se constituya esta gestión en un contrato de concesión, pues como ya se señaló supra ambas figuras presuponen obligaciones y potestades distintas.

⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 11657 de 14 noviembre del 2001.*

⁷² Ibid.

2.3.2 Ley de Contratación Administrativa

2.3.2.1 Ámbito de aplicación

En el año 1995 en nuestro país se emitió la Ley de Contratación Administrativa, Ley número 7494. Dicha ley es de aplicación a la actividad de contratación que realicen 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 los principios establecidos en la ley también deberán de ser aplicados por aquellos sujetos privados, sean personas físicas o jurídicas, cuando utilicen parcial o totalmente recursos públicos. Al respecto la Contraloría General de la República ha determinado que quienes deben aplicar dichos principios son los regulados por el artículo 4.b de la Ley Orgánica de dicha institución, Ley 7428; es decir los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que se indica en la ley de cita.

Mientras que los sujetos privados a los cuales se otorgue el beneficio de una transferencia de fondos del sector público, gratuita o sin contraprestación alguna, los cuales se encuentran regulados en el artículo 5 de la misma Ley Orgánica de la Contraloría General de la República están eximidos de aplicar tanto los procedimientos como los principios de la Ley de Contratación Administrativa.⁷³

⁷³ Contraloría General de la República. División Jurídica. Oficio DJ 4188 del 10 de mayo, 2010. En dicho oficio se indica que el artículo 1 de la LCA no aplica a los sujetos regulados en el artículo 5 de la LOCGR ya que dicha norma regula casos en donde se trata del uso parcial o total de fondos públicos y en este supuesto, cuando los sujetos privados reciben los fondos, estos adquieren una naturaleza privada, por lo tanto sus adquisiciones de bienes y servicios no serán financiadas en sentido estricto con fondos públicos, sino más bien con fondos privados de origen público. En consecuencia están exonerados de la obligación de aplicar dichos principios.

2.3.2.2 Regulaciones establecidas a las concesiones de obra pública en la LCA

De conformidad con el artículo 12 de la Ley de Concesiones, la licitación pública es el procedimiento de contratación obligatorio en los procedimientos de concesión que se tramiten al amparo de dicha ley. Cabe mencionar que los procesos de concesión de instalaciones públicas regulado en el artículo 72 de la LCA se tratarán en el siguiente apartado, con el fin de diferenciarlos de las concesiones de la Ley 7762.

2.3.2.2.1 Procedimiento de licitación pública

Todo procedimiento de concesión de obra pública que se realice al amparo de la ley 7762 deberá de cumplir como mínimo con los siguientes criterios⁷⁴:

Antes de tomar la decisión administrativa de promover el concurso, la Administración deberá realizar los estudios suficientes que demuestren que los objetivos del proyecto de concesión serán alcanzados con un nivel eficiencia y seguridad razonables.

Una vez realizados los estudios mencionados en el párrafo anterior, se preparará el cartel o pliego de condiciones, el cual constituye el reglamento específico de la contratación, un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Viene a ser aquel conjunto de cláusulas que integran cada contratación, en él se fijan los elementos esenciales del negocio, entre ellos: el objeto concursal, descripción del bien o

⁷⁴ Es importante diferenciar esta figura de la figura del permiso de uso la cual se encuentra regulada en el numeral 154 de la LGCA el cual dispone que: *Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocación no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.* Además, el permiso de uso se encuentra regulado en el artículo 169 del Reglamento de Contratación Administrativa.

servicio por adquirir, fecha de recepción de ofertas, así como sus requisitos mínimos y vigencia, bases generales para la selección, documentación a presentar, forma de cotización, plazo de entrega, forma de pago, entre otras⁷⁵.

Para el cumplimiento de este criterio la Administración podrá celebrar audiencias con oferentes potenciales, con el fin de recibir observaciones que permitan la más adecuada elaboración del pliego de condiciones.

Al momento de elaborar el sistema de evaluación de ofertas se debe tener en cuenta que debe de estar orientado a que la Administración escoja la oferta que satisfaga mejor el interés público. Además la Administración deberá motivar en el expediente, la incorporación al sistema de evaluación de otros factores de calificación adicionales al precio, tales como plazo y calidad, entre otros, que en principio deberán regularse en cláusulas de requisitos de cumplimiento obligatorio.

De conformidad con la ley una vez realizado el cartel, se procederá a la publicación, en La Gaceta de la invitación a participar, así como de las modificaciones del cartel y del acto de adjudicación; para ello, la Imprenta Nacional estará obligada a hacer las publicaciones dentro de los tres días hábiles siguientes al recibo de la solicitud que le presente la Administración. Actualmente basándose en las mejores prácticas internacionales que buscan hacer más eficientes los procesos de compra y contratación con las instituciones públicas se utilizan también modelos de proveeduría digital; a saber Merlink y el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP).⁷⁶

⁷⁵ Sala primera de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No.415 del 20 de marzo del 2014.*

⁷⁶ Al respecto, la Contraloría General de la República manifestó en oficio DCA-0231 que “*Es viable desde el punto de vista legal promover procedimientos de contratación administrativa en medios electrónicos, y por ende publicar el llamado a licitar de los mismos en el portal de ese medio electrónico. Esa publicación 2 tendrá la misma validez y eficacia que la que se hubiere hecho en otro medio*”.

La Administración debe de garantizar la publicidad de todos los trámites del procedimiento y el acceso a todos los estudios técnicos, preparados por la Administración o para ella. Luego se procederá al periodo de recepción de ofertas, el plazo mínimo para recibir ofertas es de quince días hábiles, contados desde el día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive.

Otra aspecto que se debe de garantizar la administración es que exista la posibilidad de objetar el cartel cuando se considere que viola algunos de los principios generales o las disposiciones normativas que rigen la contratación.

Cabe mencionar que de conformidad con el artículo 82 de la LCA gozará de legitimación para interponer el recurso de objeción todo oferente potencial o su representante, cuando se considere que ha habido vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado, de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia. Y además toda entidad legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos.

Los oferentes deberán de cumplir con el monto que la Administración defina para la rendición de la garantía de cumplimiento.

Debe de existir además la posibilidad de subsanar los defectos de las ofertas en el plazo que indique el Reglamento de esta Ley, siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida, en relación con los demás oferentes. Podrán ser objeto de subsanación, el plazo de vigencia de la oferta, así como el plazo de vigencia y el monto de la garantía de participación, cuando tales extremos no se hayan ofrecido por menos del ochenta por ciento (80%) de lo fijado en el cartel. Los demás extremos de la garantía de participación podrán ser objeto de subsanación, conforme lo que disponga el Reglamento.

Cuando se determine cuál es la mejor oferta para la consecución del fin público la procederá a emitir el acto de adjudicación el deberá de estar debidamente motivado, de conformidad con el artículo 42 bis de la LCA, deberá ser dictado dentro del plazo establecido en el cartel, que no podrá ser superior al doble del plazo fijado para recibir ofertas. Dicho plazo podrá ser prorrogado por un período igual y por una sola vez, mediante resolución motivada, en la cual se acrediten las razones de interés público que así lo justifiquen. Vencido ese plazo sin haberse dictado el acto de adjudicación, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta, así como a que se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna. Dicho acto de adjudicación puede ser recurrido.

Cuando se recurra el acto de adjudicación y se tomó la decisión de anularlo existe la obligación de readjudicar o declarar desierto el concurso. Para los efectos de la readjudicación o declaratoria de desierto del concurso, derivadas de la anulación del acto de adjudicación, la administración dispondrá de un plazo de un mes, contado a partir del día siguiente a la fecha de la notificación de la resolución respectiva, plazo que podrá ser prorrogado por un mes adicional, en los casos debidamente justificados mediante resolución motivada que deberá constar en el expediente. Vencido este plazo, los funcionarios responsables del no dictado oportuno del acto de adjudicación, estarán igualmente sujetos a las sanciones previstas en los artículos 96 y 96 bis de esta Ley, por incumplimiento general de plazos legales.

Por último se debe de cumplir con garantizar la posibilidad de mejorar, dentro del concurso, los precios de las empresas elegibles. La aplicación de esta figura deberá darse dentro de un marco de transparencia e igualdad, según los mecanismos de aplicación objetiva que se regulen en cada cartel. El precio por considerar en el sistema de calificación, será el último que los respectivos oferentes propongan y, para acceder a esta posibilidad, no deben convertir sus precios en ruinosos o no remunerativos. La rebaja de precio, por su naturaleza, es aplicable a todo

procedimiento concursal; en esta materia así lo regula el numeral 28 bis del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, el cual contempla la posibilidad de realizar mejoras al precio siempre y cuando el cartel haya dejado abierta dicha posibilidad.

2.3.2.2.2 Supuestos en los que procede la concesión

La LCA, en su sección séptima regula específicamente las concesiones por lo que en dicho apartado se establece que la Administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, aquellos servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial. Dicha figura contractual no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad. Además se establecen las siguientes limitaciones:

- La administración siempre conservará los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios.
- La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido.
- Según la naturaleza del servicio, en el reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de veinticinco años.
- Todas las concesiones de gestión de servicios públicos estarán precedidas de un anteproyecto de explotación, en el que se definirán, minuciosamente, las condiciones de la prestación, las tarifas, las facultades para supervisar, las garantías de participación y cumplimiento, las modalidades de intervención administrativa y los supuestos de extinción. Los concesionarios de gestión de

servicios públicos responderán, directamente, ante terceros, como consecuencia de la operación propia de la actividad, excepto cuando el daño producido sea imputable a la Administración.

- La Administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo.

2.3.2.2.3 Causas de resolución del contrato de concesión establecidas en la LCA.

La LCA estipula, en su artículo 35, como causas de resolución del contrato las siguientes:

- El incumplimiento del concesionario, cuando perturbe gravemente la prestación del servicio público.
- La supresión del servicio por razones de interés público.
- La recuperación del servicio para ser explotado directamente por la Administración.
- La muerte del contratista o la extinción de la persona jurídica concesionaria.
- La declaración de insolvencia o quiebra del concesionario.
- El mutuo acuerdo entre la Administración y el concesionario.
- Las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.
- La cesión de la concesión sin estar autorizada previamente por la Administración.

Además se estipula que cuando la perturbación al prestar el servicio no haga desaparecer la viabilidad empresarial de la explotación, la Administración podrá optar por intervenir provisionalmente, hasta que cesen las perturbaciones. El concesionario deberá indemnizar a la Administración por los costos y perjuicios

ocasionados por esa intervención. Mientras que cuando la resolución sea imputable a la Administración, está reconocerá los daños y perjuicios causados al concesionario.

Además dicho artículo señala de forma clara que la Administración cuenta con un plazo de 5 años para realizar el reclamo al contratista de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del incumplimiento; el plazo de prescripción comienza a partir del recibo, a satisfacción de la Administración, del servicio, el suministro o la obra. No obstante, este plazo puede extenderse a diez años cuando se trata de obras públicas y se refiere a vicios ocultos, plazo que comienza a correr a partir de la entrega de la obra.⁷⁷

2.3.2. Tipos abiertos en la LCA

En el marco normativo de nuestro país, se establece la posibilidad de que el Estado, mediante su potestad reglamentaria, pueda establecer otros tipos contractuales diversos a los estipulados en la LCA, siempre y cuando dicho tipo contractual contribuya en la satisfacción de interés público; tal y como se indica en el artículo 55 de la Ley de cita, el cual dispone:

“Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para que, mediante los Reglamentos de esta Ley, se defina cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley.

Los Reglamentos que se emitan para tales efectos deberán ser consultados previamente a la Contraloría General de la República, a fin de que esta presente las recomendaciones que estime procedentes, en relación con los aspectos de su

⁷⁷Procuraduría General de la República. *Dictamen No. 281 del 14 de agosto del 2008.*

competencia. El dictamen del órgano contralor deberá emitirse en un plazo de quince días hábiles y sus recomendaciones no tendrán carácter vinculante.”

Se debe tener presente que la Sala Constitucional ha manifestado que:

“Entiende que este concepto [reglamentar] se trata únicamente de regular la organización o administración interna que los jefes tienen a su cargo, entendidos como reglamentos autónomos de servicio o de organización, con el fin de habilitar los trámites de la contratación administrativa, como señala la Procuraduría General de la República; y si por el contrario, se tratará de regular diferentes modalidades o tipos de contratación no concebidos en la legislación vigente, de manera, que se trata de verdaderos reglamentos ejecutivos, en tanto desarrollo de los principios contenidos en los artículos 55 y 109 de la Ley”⁷⁸

Ahora bien, la Procuraduría General de la República ha expresado que dicho artículo se refiere a diversas formas contractuales, algunas que podríamos llamar tradicionales, pero existe además el interés de incentivar a la Administración, a través de esa norma, para que no realice determinadas actividades y por el contrario, se descargue en los agentes privados.⁷⁹ Y es que la incorporación de nuevas formas de contratar tiene su razón en que estas le permiten al Estado una mayor flexibilidad y celeridad.⁸⁰

⁷⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 998 del 16 de febrero de 1995.*

⁷⁹ Procuraduría General de la República. *Opinión Jurídica No. 027 del 25 de junio de 1997.*

⁸⁰ Luis Mariano Villareal Salazar, *Los tipos abiertos en la Contratación administrativa y la adquisición de tecnologías de información en el Sector Público.* (San José, Costa Rica, 2014) <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Los-tipos-abiertos-en-la-Contrataci%C3%B3n-administrativa-y-la-adquisici%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-informaci%C3%B3n-en-el-Sector-P%C3%ABlico.pdf>

2.3.2.1 Concesión de Instalaciones Públicas

Se procede a explicar este tipo de concesiones con el fin de que no se confunda con las reguladas en la Ley 7762, de conformidad con el artículo 72 de la LCA para el mejor cumplimiento del fin público, la Administración podrá dar en concesión instalaciones para que otras personas, físicas o jurídicas, presten servicios complementarios. Cabe mencionar que este tipo de concesión no generará relación de inquilinato, derecho de llave ni otro beneficio diferente del empleo del bien por el plazo establecido y para el exclusivo cumplimiento del interés público.

Esta modalidad de concesión es muy común para sodas institucionales o prestación de servicios complementarios en instalaciones públicas, tales como fotocopiadoras, venta de timbres o cualquier otra que conlleve el uso de ese tipo de bienes inmuebles.

Estos casos si bien se encuentra dentro de los supuestos para la realización de una licitación pública dependiendo del monto, puede utilizarse en vez de una licitación pública, una licitación abreviada o inclusive, un procedimiento de escasa cuantía. Lo anterior, en tanto si en la concesión que se pretende otorgar, el monto resultante del canon multiplicado por la totalidad de la ejecución contractual se ubica dentro de una contratación por excepción asociada a la cuantía.⁸¹

Razón por la cual se procederá a explicar tanto el procedimiento abreviado como la contratación directa, ya que el procedimiento de licitación pública se desarrolló en el apartado anterior.

⁸¹ Contraloría General de la República, *La licitación abreviada*. (San José, Costa Rica. 2016)

2.3.2.2 Licitación abreviada

La licitación abreviada es menos rigurosa que la licitación pública, esto no significa que no vayan a existir controles, sino que, la rigurosidad y controles se han disminuido un poco, en tanto se trata de procedimientos de montos menores a los de la licitación pública. ⁸²

El artículo 27 de la LCA establece los supuestos en los cuales se podrá aplicar la licitación abreviada. Por su parte el artículo 45 regula la estructura mínima que estos procedimientos deberán de contener.

Para empezar se debe invitar un mínimo de cinco proveedores del bien o servicio, los cuales deberán de estar debidamente acreditados en el registro que debe llevar cada institución pública, de conformidad con el artículo 46⁸³ de la LCA. Si el número de proveedores inscritos es menor al requerido, o bien por motivos de conveniencia para la satisfacción del interés público, la administración cursará invitación mediante publicación en el Diario Oficial La Gaceta.

⁸²Ibid.

⁸³ En cada proveeduría institucional, se llevará un registro de los proveedores interesados en contratar con la administración. Para tales efectos, la administración invitará, por lo menos una vez al año, mediante publicación en La Gaceta, a formar parte del registro de proveedores. No obstante, en cualquier momento los proveedores interesados podrán solicitar que se les incorpore al registro. El Reglamento de esta Ley definirá las condiciones para la inscripción, su plazo de vigencia, así como sus reglas de funcionamiento, que deberán definir un esquema de rotación que permita la participación de los proveedores inscritos y el acceso de la administración a las mejores ofertas. En igual forma, reglamentariamente se regularán el procedimiento de exclusión del registro y su régimen recursivo. En el caso del Poder Ejecutivo, sus entes y órganos deberán utilizar el registro central a cargo de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa. En las entidades descentralizadas que posean régimen desconcentrado de compras, deberá hacerse uso del registro del nivel central, salvo que la Junta Directiva autorice la creación de registros desconcentrados, para lo cual deberá emitir los lineamientos respectivos. Las proveedurías institucionales podrán utilizar, por conveniencia o por inopia en sus propios registros, el registro de otras entidades públicas, incluso el registro citado de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa.

La administración está en la obligación de estudiar todas las ofertas presentadas a concurso, y el plazo para recibir estas no podrá ser inferior a cinco días hábiles ni superior a veinte salvo en casos muy calificados.

Ahora bien, el acto de adjudicación deberá dictarse dentro del plazo establecido en el cartel, el cual no podrá ser superior al doble del fijado para recibir ofertas. Para lo no previsto en esta sección, el procedimiento de licitación abreviada se regirá por las disposiciones de la presente Ley para la licitación pública, en la medida en que sean compatibles con su naturaleza.

2.3.2.3 Contratación directa por escasa cuantía

Dentro de los procedimientos de excepción establecidos en la Ley de Contratación Administrativa se encuentran aquellos en que la actividad, por su escasa cuantía, no conviene que sea sometida a los procedimientos ordinarios de concurso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 27 de esa Ley.

Si en la concesión de instalaciones públicas se da ese supuesto se deberá seguir con el procedimiento establecido en el artículo 136 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa según el cual se ha de confeccionar un pliego de condiciones sencillo en donde se describa el objeto contractual, el plazo y forma de la entrega, así como también se debe fijar la hora y fecha para la recepción de las propuestas.

La administración cursará invitación por lo menos a tres potenciales proveedores idóneos, si existen, y adjudicará a la oferta de menor precio, sin perjuicio de que se valoren otros factores que se estimen relevantes, lo cual deberá definirse en la invitación, cabe mencionar además, que la administración estudiará todas las ofertas que se presenten al concurso, independientemente de si provienen de empresas que fueron invitadas o no.

2.3.3 Ley General de Concesión de Obra Pública

2.3.3.1 Ley General de la Administración Pública

Antes de entrar en materia respecto a las regulaciones contenidas en la Ley General de Concesión de Obra Pública, resulta pertinente realizar un análisis a modo de introducción de la regulación existente en la LGAP respecto de los principios generales que regulan la Administración Pública.

El numeral 3 dispone cuáles serán los entes que estarán regulados por el derecho público y por el derecho privado, a su vez, el artículo 4 estipula que los entes públicos deberán ajustar sus actividades a los principios fundamentales del servicio público, con la finalidad de *asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios*. La importancia de este artículo queda retratada, entre otras, en la sentencia de la Sala Segunda 1173 de agosto del 2017 la cual dispone que entes públicos no pueden dejar de lado el bloque de legalidad al cual se encuentran sometidos con el fin de dar continuidad a la prestación de un servicio público, específicamente se menciona que: *“así las cosas, no es válido que la Caja pretenda esgrimir el principio de continuidad (que es uno de los principios fundamentales del servicio público -numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública-) para violentar los derechos de sus servidores, pues está sometida al bloque de legalidad que los tutela”*.⁸⁴ En esta resolución vemos cómo, a pesar de que la satisfacción del interés público es una obligación de la Administración, esta no puede violentar principios o preceptos legalmente establecidos que atenten contra los derechos de otro sector.

El numeral 5 de la ley dicta que la Administración no podrá excusarse de la violación a los contratos o derechos adquiridos bajo el argumento de la aplicación

⁸⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No.1173 del 14 de agosto del 2017*.

de los principios fundamentales del derecho público; el administrativista costarricense Ernesto Jinesta indica al respecto que estos principios deben a su vez interpretarse en consonancia con los existentes en nuestra Constitución Política, pues su deber es *“el garantizar el necesario pero difícil punto de equilibrio entre la eficiencia y la eficacia de los poderes públicos –en definitiva el poder- y la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona –en suma la libertad-.”*⁸⁵

Por su parte, en cuanto a la posible aplicación de manera supletoria de las normas no escritas, se establece en el numeral 7 que estas serán de aplicables con el fin de integrar, delimitar e interpretar el ámbito de aplicación de las normas escritas, y cuando no exista norma escrita que regule una situación específica más si una norma no escrita, como la costumbre, dicha fuente tendrá rango de ley.

La Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, Ley N° 7762 del 14 de abril de 1998 se ideó con el fin de brindar una alternativa de financiamiento a los problemas de desarrollo de infraestructura y obra pública a los que se ha enfrentado el país desde hace más de dos décadas, esta ley constituye el marco normativo vigente relativo a las concesiones.

2.3.3.2 Ámbito de aplicación

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 7762, dicha ley es de aplicación a toda obra y su explotación cuando existan razones de interés público⁸⁶, con excepción de la de las telecomunicaciones, la electricidad y los servicios de salud.

En el caso de los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, únicamente podrán ser otorgados en concesión por el Poder Ejecutivo, considerando los términos establecidos en el artículo 21.2 de la Ley General de Administración Pública.

⁸⁵ Ernesto Jinesta, *Principios constitucionales que rigen a las Administraciones Públicas* (Ciudad de México, México. 2015), 116. Accesado el 19 de mayo del 2017. <http://www.ernestojinesta.com/>

⁸⁶ El interés público debe de quedar debidamente documentado en el expediente administrativo.

Mientras que en el caso de los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, por esta ley, únicamente podrán ser concesionadas las obras nuevas o las ampliaciones que ahí se realicen y no las existentes.

En relación con lo anterior se encuentra el voto 32-IV-2016 del Tribunal Contencioso Administrativo el cual analiza las potestades y limitaciones con que cuenta el concesionario de servicios portuarios a la luz de la legislación existente indicando entre otros puntos que: *“El acto de delegación de estos servicios se encuentra, pues, amparado en la ley pero también sometido a ella. El ejercicio de las atribuciones y actividades de la concesión están sometidas a reservas. Las concesiones se otorgan “intuito persona” y por consiguiente, cuando impliquen la utilización de un uso de bienes del dominio público, y aún y cuando únicamente comprendan la prestación de un servicio público, lo serán de forma exclusiva, directa y para uso y provecho propio, sometido a las debidas condiciones de eficacia y seguridad.”*⁸⁷

2.3.3.3 Retribución económica

Al respecto se dispone que como contraprestación por las obras que realice o los servicios que preste, el concesionario percibirá la tarifa o el aporte acordados en el contrato de concesión, así como los otros beneficios que hubieren sido estipulados, expresamente, en el cartel de la licitación. Dichos beneficios podrán incluir los ingresos mínimos a garantizar por la Administración.

Además se establece que entre las modalidades de contraprestación que podrán ser utilizadas en los contratos de colaboración público privada, están el pago de contrapartidas por parte de la Administración durante el plazo del contrato, el pago mediante ingresos generados directamente por actividades comerciales habilitadas por

⁸⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. *Sentencia No. 0032 del 18 de marzo del 2016.*

el contrato, precios pagados por los usuarios, cuando así lo permita el ordenamiento jurídico en cada caso específico, o bien la participación en las tarifas por servicios públicos regulados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, esto último según lo dispuesto en el artículo siguiente.

2.3.3.4 Procedimiento

Ahora bien para un mejor entendimiento de este tipo contractual se dividirá el proceso de concesión en diversas etapas, y en cada una de ellas se procederá a explicar en qué consiste y el marco legal que la regula.

2.3.3.4.1 Etapa I. Actos preparatorios.

De conformidad con el Reglamento a la Ley de Concesión de Obra y Servicio Público, decreto 27098-MOPT, cuando la Administración considere que un proyecto o un bien inmueble que se encuentra bajo su ámbito de competencia, es susceptible de ser otorgado en concesión de obra pública o de obra con servicio público, el órgano o funcionario competente, por resolución razonada, ordenará iniciar las actuaciones preparatorias para el procedimiento de concesión. Dichas actuaciones preparatorias implican los siguientes estudios:

- **Estudios Generales:** estos estudios son aquellos destinados a determinar si existe suficiente evidencia técnica, social y económica que justifique el objeto de la concesión. De conformidad con los resultados que se obtengan de estos estudios el órgano o funcionario competente determinará si procede o no continuar con el procedimiento.
- **Estudios preliminares:** si al realizar los estudios generales se determina que efectivamente existe suficiente evidencia técnica, social y económica que justifique el objeto de concesión se procede a realizar los estudios preliminares; en estos se identifican explícitamente las alternativas de solución de la

necesidad por satisfacer, se analizan las posibles soluciones con respecto a sus probables beneficios, costos, beneficiarios, problemas institucionales y financieros, y otros aspectos pertinentes; y por último se evalúan los aspectos de los estudios generales, pero en términos de indicadores apropiados. Con respecto a estos estudios ha dictaminado el Tribunal Contencioso Administrativo en sentencia 00153 del 2012 que *“la Administración debe acreditar, a modo de ejemplo, que el diseño propuesto de la obra se ajusta a las necesidades que se pretenden cubrir con ese desarrollo. Es claro, se insiste que este punto no puede desvincularse de los demás, pues las incidencias económicas del proyecto, así como las ambientales son primarias en la adopción de decisiones finales.”*⁸⁸

2.3.3.4.2 Etapa II. Estudios de factibilidad.

Tomando en cuenta los resultados de los estudios preliminares, el órgano o funcionario competente resolverá si se procede con los estudios de factibilidad, los cuales corresponden a estudios que permiten establecer si un proyecto de concesión es económica y socialmente rentable, y técnicamente viable. Dichos estudios deben incorporar los estudios ambientales que determine el Ministerio de Ambiente y Energía a través de la Secretaría Técnica Ambiental, de conformidad con los parámetros que esta defina, para lo cual la respectiva Administración concedente deberá darle audiencia por cinco días hábiles para que se pronuncie.

Cuando se estudia la factibilidad técnica del proyecto se evalúan y valoran los aspectos técnicos que integran el objeto de concesión. Mientras que, en cuanto al estudio de la factibilidad financiera y económica uno de los propósitos fundamentales es determinar y estimar las posibles inversiones iniciales, flujos de beneficios y rendimientos.

⁸⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. *Sentencia 0153 del 06 de agosto del 2012.*

2.3.3.4.3 Etapa III. Estudios de expropiación:

Al encontrarse estipulado en la el artículo 18 de la Ley 7762 que es obligación del concesionario adquirir los bienes inmuebles o los derechos que, según el cartel, se necesiten para cumplir el objeto de la concesión, la Administración procede hacer los estudios de los terrenos requeridos para determinar si es necesario expropiar.

Cabe resaltar que de conformidad con la Ley 7495 ningún propietario o poseedor, por cualquier título, podrá oponerse a que se practiquen, sobre sus bienes inmuebles, los estudios necesarios para construir, conservar o mejorar una obra pública. Si la Administración determina la necesidad de expropiar algún terreno procederá de conformidad con lo regulado en la Ley de expropiaciones.

2.3.3.4.4 Etapa IV. Evaluación Ambiental del Proyecto:

Como se mencionó anteriormente los estudios de factibilidad deben incorporar los estudios ambientales que determine el Ministerio del Ambiente y Energía a través de la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA). El Tribunal Contencioso Administrativo ha considerado estos estudios como *“un requerimiento previo de un procedimiento autorizador posterior y se formula por parte de las administraciones públicas competentes, con experticia en los menesteres ambientales. Así visto, en términos más simplistas, es el procedimiento en virtud del cual, se estiman los efectos y consecuencias que un proyecto de obra o actividad humana va a generar en el ambiente.”*⁸⁹

⁸⁹ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. *Sentencia No. 0035 del 14 de enero del 2009.*

El estudio que realiza SETENA en esta etapa se denomina Caracterización Ambiental Preliminar (CAP)⁹⁰ y para llevarlo a cabo emitió el Manual de Procedimientos de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. Junto con la CAP, SETENA emite una resolución que sirve de base para el proceso licitatorio, debiendo su contenido ser incorporado al cartel de licitación, y por ende, este será vinculante para el concesionario que resulte adjudicado.

Además SETENA podrá identificar en la resolución de fondo que emita sobre la CAP, al menos de manera preliminar, los estudios ambientales que podrían ser requeridos durante la segunda fase de este procedimiento, si ello es factible, con base en los resultados ambientales que arroje la CAP.

2.3.3.4.5 Etapa V. Consulta a la ARESEP:

Además de los estudios mencionados anteriormente se deberá de realizar una consulta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sobre la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste⁹¹ que se incorporarán en el cartel. Igualmente se consultarán los parámetros que serán utilizados para evaluar la calidad del servicio.

Esa Autoridad dispondrá de diez días hábiles para pronunciarse. Transcurrido este plazo sin recibir respuesta, se interpretará que la Autoridad no tiene objeciones que realizar. El criterio de la Autoridad Reguladora es vinculante para la Administración concedente.

⁹⁰ Este se define como el instrumento ambiental mediante el cual se determina la prefactibilidad ambiental del proyecto, identificando de forma preliminar los impactos ambientales de mayor significancia, y recomendando las acciones ambientales que se podrían aplicar al momento de ejecutarlo.

⁹¹ Estructura Tarifaria y Parámetros de Ajustes: Se utilizan para definir el conjunto de tarifas ha ser cobrada por el concesionario a los usuarios de los servicios básicos incluidos en el cartel de licitación.

En la misma consulta, se solicitará a la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, establecer los parámetros para fijar los costos de los servicios de fiscalización y control. Una vez establecida, esta se revisará únicamente a gestión de la Administración concedente o del concesionario.

2.3.3.4.6 Etapa VI. Preparación de la licitación:

Una vez superadas las etapas anteriores se procede a iniciar la elaboración de los documentos de concesión. Por lo que se procede a la elaboración del cartel de licitación, mismo que es conceptualizado como *“un parámetro de seguridad jurídica, puesto que permite a la Administración y potenciales contratantes conocer con anterioridad las condiciones que gobiernan el concurso de su interés.”*⁹² El Consejo Nacional de Concesiones ha procurado la creación de carteles con cierta uniformidad; en los cuales se deberá establecer como mínimo lo siguiente:

- a) La identificación de la Administración concedente.
- b) La descripción de las obras y los servicios, incluso las especificaciones y los requerimientos técnicos mínimos para el diseño, la ejecución, la conservación y la explotación de la obra y los servicios, según corresponda.
- c) La forma, fecha, hora y el lugar de presentación de las ofertas, requisitos que habrán de cumplir los licitantes; además, los antecedentes que deberán entregarse con las ofertas técnicas y económicas.
- d) Las garantías que deberán constituirse con indicación de los montos y plazos.
- e) Los plazos para consultas y aclaraciones del cartel.
- f) Los requisitos financieros, técnicos y legales que se valorarán en la calificación de las ofertas y la metodología que se empleará.

⁹² Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 01305 del 07 de diciembre del 2016.*

- g) Las condiciones económicas y la estructura tarifaria de la explotación de la concesión.
- h) Las multas y sanciones por incumplimiento del contrato de concesión.
- i) El proyecto de contrato que se suscribirá con el concesionario.
- j) La forma en que se distribuirán entre las partes los riesgos del proyecto. Esta distribución servirá para establecer las obligaciones y responsabilidades de cada una de ellas en la ejecución del contrato de concesión, así como en sus diferentes etapas.
- k) Las normas contables aplicables con referencia básica a las normas internacionales de contabilidad.

La Administración concedente podrá solicitar a los oferentes y recibir de ellos proposiciones y observaciones escritas sobre el texto final del cartel de licitación y deberá realizar una sesión formal para tratar sobre las versiones finales de los documentos. Sin embargo, la Administración licitante tendrá la decisión final sobre los asuntos tratados.⁹³

Una vez elaborado el cartel, previo a su publicación se deberá de contar con la aprobación del mismo por parte del Consejo Nacional de Concesiones; luego se procederá a la publicación del cartel.

2.3.3.4.7 Etapa VII. Presentación de ofertas.

Una vez publicado el cartel se procederá a la etapa de recepción de ofertas, las ofertas que técnicamente no califiquen se tendrán por excluidas para todos los efectos. Se debe tener claro que la presentación de la oferta implica el sometimiento pleno del oferente tanto al ordenamiento jurídico costarricense como a las reglas generales y particulares de la licitación.

⁹³ Ley 7762. Artículo 25.

De conformidad con el artículo 27 de la LCA dos o más empresas podrán participar reunidas en acuerdo de consorcio para lo cual deberán acreditar, ante la Administración, la existencia de un acuerdo de consorcio, en el cual se regulen, al menos, las obligaciones de las partes y otros asuntos que el cartel pueda requerir.

2.3.3.4.8 Etapa VIII. Evaluación y selección de ofertas

Una vez recibidas las ofertas dentro de las que cuenten con la condición de elegibles se procederá a elegir al concesionario de conformidad con las reglas que fueron establecidas en el cartel y el sistema establecido en las bases de la licitación; dicho sistema deberá atender a uno o más de los siguientes factores:

- El valor presente de los ingresos de la concesión.
- La tarifa.
- El plazo de concesión.
- El monto del subsidio estatal requerido por el oferente.
- Los pagos ofrecidos por el oferente al Estado.
- Los ingresos mínimos que el Estado garantizará.
- El puntaje obtenido en la calificación técnica.
- La propuesta de reducción de tarifas al usuario, reducción del plazo de la concesión o de los pagos extraordinarios al Estado, cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o los activos, definida en la forma que dispongan las bases de la licitación o el oferente, exceda de un porcentaje máximo predefinido.

Ahora bien, en caso de que resultase un empate conforme los parámetros de selección y las reglas del cartel se podrán presentar dos supuestos el primero corresponde al caso en que el empate se diere entre un oferta costarricense y una

extranjera en cuyo caso la oferta nacional ganará la licitación. Y el segundo corresponde al caso en que el empate se diere entre dos ofertas nacionales, en este supuesto se le adjudicará la licitación a quien haya presentado de primero la oferta.

2.3.3.4.9 Etapa IX. Adjudicación y firma del contrato

El contrato se adjudicará obligatoriamente al licitante que formule la mejor oferta económica de entre las declaradas técnicamente aceptables. Una vez dictado el acto de adjudicación el adjudicatario cuenta con un plazo máximo de noventa días naturales para constituir una sociedad anónima con la cual será suscrito el contrato de concesión. Una vez constituida dicha sociedad se procederá a la formalización del contrato.

2.3.3.5 Contrato de concesión

El contrato consta de dos etapas la primera corresponde a la etapa de construcción en la cual las obras se ejecutarán a riesgo del concesionario, a quien le corresponde enfrentar los desembolsos necesarios hasta la conclusión de las mismas, aún en presencia de caso fortuito o fuerza mayor y en los montos que corresponda en caso de que en el contrato de concesión así se disponga.

Luego continúa la etapa de explotación la cual iniciará con la autorización para poner en servicio, total o parcialmente, la obra contratada. Durante esta etapa el concesionario deberá de conservar en condiciones normales de utilización y funcionamiento las obras, sus accesos, señalización y servicios; prestando dicho servicio con apego a los principios de continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad y generalidad.

Cabe destacar que el concesionario no podrá destinar el inmueble ni las obras, en todo ni en parte, a actividades distintas de las autorizadas y deberá acatar cada una de las disposiciones establecidas en el cartel y en el contrato de licitación.

2.3.3.6 Proyectos de iniciativa privada

La Ley de Concesiones establece la posibilidad de que los particulares presenten propuestas de proyectos a la Administración. Esta figura se encuentra contemplada en el numeral 20 de la Ley 7762, indicando que *“los particulares podrán presentar a la respectiva Administración concedente, sus propuestas de nuevas concesiones...”* y se enumeran una serie de requisitos que se deben cumplir para este fin. Asimismo, en el 2004 mediante el decreto N° 31836-MOPT se reglamentó lo relativo a las concesiones de iniciativa privada en nuestro país, basado en la necesidad de inversión en infraestructura que desde entonces existe y en el gran potencial que representa el sector privado para cubrir dichas necesidades.

Los proyectos de iniciativa privada según el decreto, deberán ser tramitados en una unidad creada para dicho fin, a falta de ella se tramitarán directamente en la Administración titular del bien la cual estará en la obligación de darle trámite según lo establecido en el reglamento; en cuanto a la publicidad del trámite, la Administración se encuentra en la obligación de mantener un registro actualizado de los proyectos desarrollados tanto por la Administración bajo la figura de la concesión de obra pública con servicio público así como de aquellos desarrollados por iniciativa privada, esto en consonancia con el principio de publicidad y transparencia que rige el reglamento en cuestión.

Asimismo, se indica que se tendrán como de interés público aquellos proyectos de iniciativa privada que cumplan con los parámetros de viabilidad técnica, ambiental, legal y económica y que sean además conformes con las políticas estatales; se

dispone también la promoción de la colaboración público privada entre la Administración y las cámaras empresariales a fin de desarrollar esquemas de participación del sector privado en proyectos de concesión de obra pública.

En lo concerniente a la normativa aplicable a este tipo de iniciativas corresponderá la aplicación de lo establecido en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público y su reglamento, así como lo establecido en el decreto 31836, si surgiese algún desacuerdo y fuese menester acudir al ámbito jurisdiccional, será aplicable la ley nacional y conocerán los tribunales nacionales, sin perjuicio de que se opte por la resolución alterna de conflictos.

En tratándose de los aspectos formales de la propuesta, se dispone que está deberá ser presentada en el idioma español, de igual modo se establece que la propuesta en sí no será considerada exclusiva del postulante sino hasta que la misma haya sido aprobada por parte de la Administración concedente, por su parte, los estudios presentados si pertenecerán al proponente hasta que se realice el reembolso de los mismos, una vez llevado a cabo este reembolso y en concordancia con lo establecido por las normas de propiedad intelectual, estos estudios pasarán a ser propiedad de la Administración.

Las etapas del procedimiento de iniciativa privada se dividen en dos, a saber: la postulación, en la cual se entrega la información en conjunto con los estudios preliminares del proyecto para su evaluación por parte de la Administración concedente, una vez evaluada la competencia de la Administración, y mediante resolución debidamente razonada y fundamentada se prosigue a la siguiente fase denominada proposición en la cual es postulante ha de presentar los estudios indispensables a fin de determinar la factibilidad técnica, ambiental, legal, social y económica del proyecto.

Ante la eventualidad de que el proyecto sea rechazado, se dispone la posibilidad de interponer un recurso de revocatoria y apelación, regulado en la LGAP, dentro de los diez días posteriores a la notificación de la decisión; por el contrario, si el proyecto recibe la aprobación por parte de la Administración concedente, se da inicio a la fase de proposición.

Para dar inicio a esta segunda fase se deberá emitir una resolución inicial en la cual se incluya los términos, condiciones y características con que contará el proyecto a fin de ser aceptado; dicha resolución incluirá la indicación de los términos mínimos, indicaciones y objetivos del proyecto a propósito de someterlo al final del proceso a una licitación pública, se deberá indicar igualmente el régimen de distribución de riesgos con que contará el proyecto así como quien asumirá los riesgos de aceptación correspondientes a los usuarios y las comunidades relacionadas con el proyecto. Se deberán adjuntar todos los estudios pertinentes en materia legal, técnica, ambiental y financiera, al igual que los costos relativos al análisis de la propuesta por parte de la Administración, mismos que serán sumados a los costos de desarrollo del proyecto que el proponente podrá recibir una vez se adjudique el contrato de concesión.

Se incluirá también, a fin de entregársele a la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que serán incorporados en el cartel de licitación juntamente con los parámetros por utilizar a fin de evaluar la calidad del servicio. Bajo la misma línea, será preciso también aportar resolución emanada del Ministerio de Ambiente y Energía relativa al tipo de estudio que se debe aportar a la Administración concedente para que esta a su vez lo remita nuevamente al Ministerio a fin de su pronunciamiento; de igual manera se adjuntarán las autorizaciones de las demás entidades públicas que tengan alguna incidencia en la propuesta, esto será total responsabilidad del proponente, no obstante, la Administración concedente deberá colaborar en tanto le sea posible.

Una vez completada la entrega de estos documentos, el proponente gozará de la posibilidad de realizar correcciones al proyecto si lo considera necesario, siempre y cuando esto no implique modificaciones sustanciales directas ni indirectas del contenido del proyecto original.

2.3.3.7 Consejo Nacional de Concesiones

En el artículo 6 de la Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley No. 7762, se establece la creación del Consejo Nacional de Concesiones el cual corresponde a un órgano de desconcentración máxima adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

El artículo 7 de la Ley No.7762, le otorga personalidad jurídica instrumental a dicho órgano desconcentrado a efectos de que pueda administrar el Fondo Nacional de Concesiones y presupuestos asignados, así como concertar los convenios y contratos necesarios para cumplir sus funciones.

El Fondo Nacional de Concesiones es creado como un instrumento para el financiamiento de los programas del Consejo Nacional de Concesiones, y sus recursos únicamente podrán utilizarse para cumplir los objetivos de la Ley General de Concesión de Obra Pública. Por lo que con los recurso de ese fondo podrán pagarse los estudios de prefactibilidad y factibilidad de los proyectos por concesionar, así como la adquisición o expropiación de bienes inmuebles o derechos necesarios para la construcción u operación de los proyectos.

La Ley General de Concesión de Obra Pública establece en su artículo 8 las atribuciones que tendrá el Consejo Nacional de Concesiones las cuales se citan a continuación:

- a) Velar por la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos y procedimientos administrativos que realice la Secretaría Técnica del Consejo.
- b) Aprobar o modificar el cartel de licitación de las concesiones, al menos por dos terceras partes de sus miembros.
- c) Adjudicar la concesión. La suscripción del contrato la hará conjuntamente con el Poder Ejecutivo, integrado por el Ministro del ramo, el Ministro de Hacienda y el Presidente de la República.
- d) Velar porque la Secretaría Técnica ejerza las funciones de inspección y control de las concesiones otorgadas.
- e) Designar al Secretario Técnico responsable de la Secretaría Técnica del Consejo.
- f) Conocer y aprobar el informe de labores que el secretario técnico deberá presentar mensualmente.
- g) Conocer los informes de auditoría emitidos respecto del manejo y la operación del Fondo de Concesiones.
- h) Autorizar las contrataciones que realice la Secretaría Técnica.
- i) Aprobar el presupuesto de gastos del Consejo, que deberá ser sometido a la autorización de la Contraloría General de la República.
- j) Solicitar al Poder Ejecutivo la declaratoria de interés público y el decreto de expropiación, de conformidad con la Ley N.º 7495, de 19 de abril de 1995, y sus reformas, cuando el bien afecto a la expropiación sea necesario para tramitar, contratar y ejecutar las concesiones que este órgano trámite dentro del ámbito de su competencia.
- k) Autorizar la suscripción de los contratos de fideicomiso necesarios para el cumplimiento de los fines del Consejo establecidos en esta Ley y para la ejecución

de los proyectos de concesión. Los contratos de fideicomiso podrán ser constituidos adicionalmente, para ofrecer al concesionario y sus acreedores certeza sobre la inmediata disposición de los fondos y derechos fideicometidos, en el tanto se cumplan las disposiciones legales, el contrato de concesión y las instrucciones dadas en el contrato de fideicomiso. Los fideicomisos también podrán ser utilizados para la operación de fondos rotatorios que se constituyan con donaciones u otras contribuciones con fines determinados. Los contratos de fideicomiso que el Consejo autorice deberán ser refrendados por la Contraloría General de la República.

l) Dar el visto bueno al contrato de concesión o sus modificaciones, por al menos, dos terceras partes de sus miembros.

Ahora bien el Consejo Nacional de Concesiones clasifica los proyectos de la siguiente manera:

Proyectos en desarrollo: estos corresponden aquellos proyectos que cuentan con estudios de factibilidad, licitados y en etapa de construcción. En esta clasificación podemos encontrar la Terminal de Contenedores de Moín.

Proyectos en marcha: corresponden a proyectos que han terminado la etapa constructiva y se encuentra en etapa de explotación. Aquí se ubica el Proyecto Corredor Vial San José-Caldera Ruta 27⁹⁴.

Proyectos históricos: estos proyectos también se encuentran en etapa de explotación pero ya fueron entregados a la Administración concedente. Aquí se ubica la Terminal Granelera de Caldera, la cual tenía un plazo de concesión de 20 años iniciando en el 2006.

⁹⁴ Este proyecto será objeto de análisis más adelante en la sección de lecciones aprendidas.

Este proyecto fue concesionado a la Sociedad Portuaria- Puerto Caldera, y tenía como objeto:

*“La prestación de los servicios relacionados con las escalas comerciales realizadas por todo tipo de embarcaciones que soliciten el atraque para tales fines en los puestos uno, dos y tres en el Puerto de Caldera, así como los servicios requeridos en relación con la carga general, contenedores, vehículos, saquería y sobre chasis en las instalaciones portuarias, tales como, carga y descarga, transferencia y almacenamiento”.*⁹⁵

Otro proyecto que fue realizado en el país con la colaboración de un socio privado, aunque bajo la utilización de la figura de Gestión Interesada y no la de concesión, fue la ampliación y modernización del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría (AIJS).

*En los años noventa, el Gobierno de Costa Rica adoptó una política basada en la inversión conjunta de los sectores público y privado, orientada a mejorar y ampliar la infraestructura e incrementar la calidad y oportunidad de los servicios que presta. Para este propósito procuró la colaboración de los agentes del sector privado, a través de la celebración de contratos administrativos como la Gestión Interesada, en los cuales el contratista colabora con el Estado e invierte recursos propios, a favor del interés público, a cambio de recuperar su inversión y obtener, naturalmente, un rendimiento. Como parte de esa política, y en virtud de los evidentes deterioros y deficiencias que presentaban las instalaciones, las obras físicas, la operación y los servicios del AIJS, así como la carencia por parte del Estado de los recursos técnicos y financieros necesarios tendientes a corregir tales deficiencias, el Gobierno de la República promovió la licitación pública internacional N° 1-98, para la contratación de la gestión interesada del indicado aeropuerto.*⁹⁶

⁹⁵ Consejo Nacional de Concesiones. Proyectos Históricos. Terminal Granelera de Puntarenas. Accedido en: <http://www.cnc.go.cr/index.php/proyectos/historico/terminal-granelera-de-puntarenas>

⁹⁶ Luis Mauricio Montenegro Castro. Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho “La Gestión Interesada como Mecanismo de Contratación de la Administración. El caso práctico del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría” (San José Costa Rica) 2008.

El objeto de dicho contrato fue la prestación de servicios por parte del Gestor para la operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, financiamiento, construcción y promoción del AIJS⁹⁷.

Según el cartel de licitación la figura jurídica utilizada fue la de la gestión interesada, mediante la cual la Administración explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose del Gestor, a quien retribuirá mediante una participación de los ingresos resultantes de la explotación⁹⁸. Finalmente este contrato fue adjudicado al gestor Aeris Holding Costa Rica.

Proyectos de iniciativa privada: corresponde a aquellos proyectos de obra pública que fueron postulados por el sector privado. Actualmente en nuestro país existen cinco de este tipo de proyectos.

Dentro de estos se encuentra el proyecto Megapuerto de Transferencia del Atlántico, este es iniciativa de Americas Gateway Ltda (AMEGA)⁹⁹, el cual podría convertirse en el primer proyecto de iniciativa privada que se lleve a cabo en nuestro país; este propone el diseño, construcción y operación de una terminal de transbordo de contenedores en la Costa Caribe de Costa Rica.¹⁰⁰

Este proyecto basa su factibilidad de mercado en el hecho de que, en la Zona del Caribe, existe una demanda impulsada por la ampliación del Canal de Panamá de 9

⁹⁷ Contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santa María.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ AMEGA es un special purpose vehicle, conformado con el objetivo de desarrollar el canal seco, este consorcio internacional cuenta con el apoyo de los gobiernos de Cánada, Estados Unidos y el Reino Unido. Los socios corporativos incluyen grupos internacionales como AECOM, Lafarge Holcim, L3 Communications y empresas costarricenses como Grupo CMA y CDG Environmental Advisors.

¹⁰⁰ Consejo Nacional de Concesiones, Proyectos de iniciativa Privada, Megapuerto de transferencia del Atlántico.<http://www.cnc.go.cr/index.php/proyectos/iniciativa-privada/megapuerto-de-transferencia-del-atlantico>

a 10 millones de TEU's por año; mientras que la capacidad actualmente instalada es de 6 a 7 millones de TEU's por año¹⁰¹. Inclusive ya en el año 2013 el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) advirtió que Costa Rica ofrece una gran oportunidad para construir un centro de transbordo en el Caribe.¹⁰² Al respecto, en el documento mencionado anteriormente, el BID indicó que:

“Moín se encuentra bien posicionado para servir como central de transbordo para los buques de mayor tamaño que crucen por el Canal. Este puerto está localizado a una distancia relativamente corta de la principal ruta marítima hacia el noreste y puede servir a toda Centroamérica (tanto por mar como por tierra si se mejorara la conectividad terrestre) y al Caribe.”

Dicho proyecto ya ha superado la primera etapa, por la que deben cursar los proyectos de iniciativa privada, denominada etapa de postulación; es decir AMEGA ya proporcionó la información y los estudios preliminares del proyecto a nivel de perfil o de prefactibilidad, y la Administración evaluó si el proyecto se encontraba dentro de su ámbito de competencia y si era susceptible de ser otorgado en concesión de obra pública o de obra con servicio público; además de determinar si efectivamente existe interés público en su ejecución por lo que el 03 de febrero del año 2017 el CNC dio el visto bueno para que se continuará con la segunda etapa conocida como etapa de proposición.

De acuerdo con el CNC, actualmente el proyecto MTA-AMEGA continua en la segunda etapa del proceso la cual incluye la elaboración de las factibilidades técnicas, financieras, ambientales y socioeconómicas, que justifiquen el interés público del proyecto, así como su viabilidad social, ambiental y legal; además se deberán incluir las bases técnicas que serán utilizadas en el cartel de licitación de la concesión originada por la iniciativa privada, a juicio de la Administración concedente.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Banco Interamericano de Desarrollo. *Diagnóstico sobre el desempeño de los puertos y estudio de conectividad portuaria en Belice, Centroamérica y la República Dominicana.* 2013

La firma AMEGA, inició los estudios de factibilidad del proyecto el 3 de febrero de 2017 y se estima que concluirá antes del 28 de abril de 2019; según el más reciente cronograma aprobado.¹⁰³

Una vez finalizada esa etapa se continuará con la etapa de licitación y finalmente se concluiría con la etapa de construcción y operación que tardaría aproximadamente entre 3 y 4 años.¹⁰⁴

Proyectos de iniciativa pública: son proyectos impulsados por las instituciones públicas de conformidad con sus competencias. En la actualidad hay cuatro proyectos de iniciativa pública, los cuales se proceden a explicar a continuación:

1. El primero de ellos corresponde a la ampliación del corredor vial San José Caldera o ruta 27, actualmente este proyecto se encuentra a la espera del diseño final por parte del concesionario y su costo estimado es de US\$ 450.000.000,00.
2. El segundo proyecto corresponde al Tranvía Eléctrico de San José, con este se pretende implementar un sistema de tren ligero eléctrico (LRT) bidireccional, de última tecnología, sobre el derecho de vía férrea actual del INCOFER para lograr la sectorización del transporte público tomando como eje central este medio de movilización masivo a base de energía renovable, con el propósito de mejorar el Servicio del Tren Metropolitano para atender la demanda de los usuarios del transporte público colectivo. Dicho proyecto en la actualidad se encuentra en estudio de demanda y revisión de la inversión y tiene un monto estimado de construcción de US\$ 291.000.000,00.

¹⁰³ Consejo Nacional de Concesiones, Proyectos de iniciativa Privada, Megapuerto de transferencia del Atlántico.<http://www.cnc.go.cr/index.php/proyectos/iniciativa-privada/megapuerto-de-transferencia-del-atlantico>

¹⁰⁴http://www.cocatram.org.ni/repica/Repicas/38Cr/Terminal%20de%20Trasbordo%20Internacional%20en%20Costa%20Rica_Jose%20Dengo%2022%20Julio%202016.pdf

3. Otro de los proyectos es el de Planta de Tratamiento de Aguas Residuales, el cual actualmente se encuentra en negociación y estructuración del financiamiento. Este proyecto se centra en las descargas domiciliarias, su recolección en las redes, colectores para conducirlos hasta las plantas de tratamiento, y las obras especiales, lo cual permitiría el saneamiento de la región.
4. Por último se encuentra el Corredor Vial San José-Cartago el cual se refiere a la ampliación de la carretera San José - Cartago a tres carriles por sentido, y la construcción y mejoramiento de las diferentes intersecciones de la ruta. Está constituido por dos secciones con una longitud de 20.5 km, conformados por un tramo existente de 17.6 km de la Autopista Florencio del Castillo y la Radial Zapote-Curridabat (Tramo nuevo) de 2.9 km. En este proyecto actualmente se está realizando una actualización del estudio de demanda y contratación de gestoría vial.

2.3.4 Ley de Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta

Las Sociedades Públicas de Economía Mixta, son un modelo asociativo entre el sector público, a nivel municipal y el sector privado, con el principal propósito de facilitar y promover la creación y ejecución de proyectos dentro del cantón.

Mediante Ley número 8828, se creó en nuestro país la Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, la cual, según su numeral segundo indica, tiene por objeto *“la ejecución de las obras necesarias y prioritarias para el desarrollo de la comunidad y las de servicios públicos locales, con el fin de satisfacer, oportuna y adecuadamente, los intereses de los munícipes.”*

Asimismo, el Código Municipal, entre las atribuciones que le arroga al Concejo Municipal en el artículo 13 señala el inciso “q) *Constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta*”

El propósito de esta figura tal y como ya se indicó supra es el de ejecutar las obras necesarias y prioritarias requeridas para el desarrollo de la comunidad, para lo cual se les faculta según el numeral 7 de la ley a formar “alianzas estratégicas con instituciones públicas y el sector privado, con el fin de desarrollar los proyectos necesarios para brindar los servicios que les han sido encomendados”.¹⁰⁵

Estas sociedades tendrán su domicilio en el cantón en donde son creadas, sin perjuicio de que puedan ampliar sus operaciones a otros cantones, siempre y cuando la naturaleza del servicio para el que fueron creadas así lo permita, todo esto según el artículo 4 de la ley.

Por su parte, en lo atinente a la constitución la ley expresamente dispone que el municipio deberá ostentar un 51% de las acciones mientras que el socio privado será dueño del 49%, asimismo establece el artículo vigésimo segundo que para la elección del segundo se seguirán las normas establecidas en la Ley de Contratación Administrativa y de igual forma su funcionamiento estará regido bajo las normas que regulan las sociedades anónimas, sin perjuicio de su sujeción al Derecho Público tal y como manifiesta el numeral tercero de la ley, en congruencia con esto encontramos lo señalado en la doctrina al respecto siendo que una de las principales características o distintivos de este tipo de acuerdos es el régimen privilegiado del cual goza el Estado ante el socio privado, independientemente de su

¹⁰⁵ Maria Jose Acosta Feoli, *Sociedades públicas de economía mixta: una alianza público-privada para la inversión en obra pública*. (San José, Costa Rica. 2011) <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Sociedades-pública-de-economía-mixta.pdf>

participación social, no obstante no se debe obviar la indispensable presencia de un socio privado a fin de no desvirtuar la naturaleza misma de la figura.¹⁰⁶

La ley faculta en su numeral 11 a las SPEM para que estas realicen consultas y coordinación de carácter interinstitucional con entidades públicas relacionadas con la actividad en desarrollo específicamente en el área de fomento socioeconómico.

En el ámbito organizacional estarán compuestas por una asamblea general de accionistas, la junta directiva y un fiscal; siendo que no podrán ocupar cargos de funcionarios o empleados de la SPEM ni el alcalde, ni el vicealcalde, ni regidores, ni demás personas que ocupen algún cargo de toma de decisiones dentro de la municipalidad de origen, según el artículo 17 de la ley.

Capítulo III Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica

3.1 Análisis del Decreto 39965-P Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada

3.1.1 Ámbito de aplicación

Con base en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone que los tipos de contratación regulados por dicha ley no excluyen la posibilidad de la Administración de optar y definir por vía reglamentaria cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, en diciembre del año 2016, se emitió el Decreto No. 39965-H-MP denominado “Reglamento para los contratos de colaboración público- privada”.

¹⁰⁶ Ibid.

Dicha normativa se emitió con el objetivo fortalecer las asociaciones público privadas y lograr así el impulso de obras y servicios públicos, *lo que tendría impacto directo en la reactivación económica, generación de empleo y crear condiciones para seguir desentramando el rezago en infraestructura*¹⁰⁷ ya que las necesidades en dicha materia *superan la capacidad presupuestaria y de gestión directa del Estado y sus instituciones, por lo que es indispensable involucrar al sector privado, en actividades tales como, la formulación de proyectos, diseños, financiamiento, desarrollo, ejecución, explotación, operación y mantenimiento.*¹⁰⁸

La consulta de la Contraloría sobre el reglamento dispone respecto al alcance de la norma en análisis que *“el tipo contractual propuesto se pretende incrementar las opciones que actualmente están reguladas en el ordenamiento jurídico, para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública a partir de tres elementos esenciales: financiamiento a cargo del sector privado, transferencias de riesgos hacia el contratista y explotación y/o gestión de la infraestructura en una relación de mediano o largo plazo”*¹⁰⁹

Para la emisión del reglamento se consideró que la figura contractual de la colaboración público privada está contemplada en ordenamientos jurídicos de diversos países y que este tipo contractual constituye una opción para el desarrollo de infraestructura por parte de los entes y órganos públicos, que no pretende desplazar en forma alguna a los demás tipos contractuales existentes en el marco jurídico de nuestro país, como es el caso de los contratos de concesión de obra pública con o sin servicios públicos.¹¹⁰

¹⁰⁷Casa Presidencial Costa Rica, *Reglamento fortalece Alianzas Público-Privadas para impulsar obras y servicios públicos*. (San José, Costa Rica, 2016). accesado el 15 de marzo del 2017 <http://presidencia.go.cr/comunicados/2016/12/reglamento-fortalece-alianzas-publico-privadas-para-impulsar-obras-y-servicios-publicos/>

¹⁰⁸ Reglamento para los contratos de colaboración público privada. Considerando 4.

¹⁰⁹ Casa Presidencial, *consulta No. DVMP-AGZA-251-2016* (San José, Costa Rica. 2016)

¹¹⁰ Reglamento para los contratos de colaboración público privada. Considerando 5.

El reglamento de cita fue emitido por los ministros de hacienda y de la presidencia en conjunto con el expresidente Luis Guillermo Solís y se compone de 21 artículos; en el último de los numerales se reguló la vigencia, el cual empezó a regir el día 22 de diciembre del 2016, fecha de su publicación en el diario oficial La Gaceta.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa, el Reglamento resulta de aplicación a 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.

3.1.2 Formas de Alianza

De conformidad con el artículo 2, se entienden como contratos de colaboración público privados aquellos en que la Administración encarga a una persona jurídica privada la realización de determinadas prestaciones, las cuales se describen en los incisos a) y b) del mencionado artículo y en los que se establecen dos posibles escenarios que se proceden a explicar a continuación:

- a) **Infraestructura nueva:** se entenderán como contratos de colaboración público privada de infraestructura nueva cuando el objeto contractual corresponda a la construcción, ampliación, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. Esto incluye la participación del colaborador en las distintas fases, incluyendo el diseño, según se establezca en el cartel y contrato respectivos.
- b) **Infraestructura existente:** por otra parte se podrá aplicar este reglamento para los contratos de colaboración público privada que cuyo objeto sea la

modernización de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos existentes, lo que incluye tanto su mejora, reparación, ampliación, la construcción de obras complementarias, la operación, mantenimiento, explotación o su gestión que permitan la competitividad, productividad y nivel de servicio adecuados para los intereses públicos. Esto incluye la participación del colaborador en las distintas fases, incluyendo el diseño, según se establezca en el cartel y en el contrato respectivos.

Cabe mencionar que en los casos en que existan entidades públicas cuyo ordenamiento jurídico particular les habilite para la participación en desarrollo de proyectos bajo términos de financiamiento y riesgos como los previstos en este reglamento, el contratista colaborador podrá ser una persona jurídica pública o mixta.

3.1.3 Formalización

Para celebrar contratos de colaboración público privada, el decreto ejecutivo 39965, en su capítulo II establece una serie de disposiciones acerca del procedimiento que se debe llevar a cabo.

3.1.3.1 Actuaciones previas:

Así en su artículo 15 se regulan las actuaciones preparatorias y demás requisitos previos. En dicho artículo se indica que además de los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa, por la naturaleza de los contratos de colaboración público privada, deberá acreditarse en el expediente de la contratación un estudio de pre-inversión a nivel de factibilidad, que contenga la identificación del proyecto, análisis de mercado, análisis técnico, análisis ambiental,

análisis legal y administrativo, evaluación financiera, análisis de costos en los casos en que el proyecto no genere ingreso, mientras que cuando hubiere tarifa se deberá de incluir una evaluación económica-social del proyecto y estudio de sociabilidad de la misma.

Otro requisito adicional a los establecidos en la contratación administrativa tradicional que se debe de satisfacer en los contratos de colaboración público privada es un estudio donde se acredite la viabilidad para el desarrollo del proyecto mediante la asociación público privada, en comparación con otras formas de financiamiento y de contratación administrativa.

Además deberá de contarse con el criterio previo positivo por parte de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, para la determinación de compromisos y contingencias fiscales, cabe mencionar que dicho ministerio tendrá el plazo de 30 días naturales para atender la solicitud a partir de su presentación.

3.1.3.2 Requisitos ambientales:

Por su parte el artículo 16 de la normativa en estudio, establece que la Administración deberá dar cumplimiento a los requisitos asociados a cuestiones ambientales, de conformidad con lo dispuesto por la normativa legal y reglamentaria en esa materia, según lo dispongan las autoridades competentes.

Esta responsabilidad, la Administración podrá asignarla al contratista colaborador, si lo estima pertinente, caso en el que deberá de especificar la distribución de riesgos y el tratamiento de las consecuencias con respecto de eventuales atrasos o improbaciones por parte de las autoridades competentes.

3.1.3.3 Procedimiento de selección:

Para la selección del contratista, se seguirán los procedimientos ordinarios y su régimen recursivo de conformidad con las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. La Administración podrá promover procedimientos de contratación directa o sistemas especiales, previa autorización por parte de la Contraloría General de la República.

3.1.3.4 Constitución de la sociedad anónima:

De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Reglamento a los contratos de colaboración público privada, a quien le resulte adjudicado el contrato tendrá la obligación de constituir una sociedad anónima de propósito específico con quien será celebrado el contrato de colaboración público privada. Esa sociedad será utilizada únicamente para la ejecución del contrato de colaboración público privada. El adjudicatario será responsable en forma solidaria por todo el plazo contractual con la sociedad anónima que se constituya. Dicha responsabilidad solidaria sólo podrá ser relevada por medio de la cesión de derechos y obligaciones del contrato en los términos previstos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Los porcentajes de participación que el adjudicatario debe de conservar así como las fases en las que deberá de cumplir con dicha obligación deberán de ser regulados en el cartel de licitación y el contrato.

3.1.3.5 Refrendo:

Sobre el refrendo en este tipo de contratos el reglamento en cuestión señala que se deberán de someter a las disposiciones reglamentarias de la Contraloría General de la República.

En el 2007 la Contraloría General de la República emitió mediante la resolución R-CO-44-2007 el “Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública”, el artículo 2 del reglamento de cita define el refrendo como *un acto de aprobación, por lo que funge como un requisito de eficacia del contrato administrativo y no como un medio por el cual la Contraloría General de la República pueda anular de forma indirecta el acto de adjudicación ni el contrato administrativo. Por medio del refrendo la Contraloría General de la República examina y verifica que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico.*¹¹¹

De conformidad con el Reglamento de Refrendo, este se requerirá en todo contrato o convenio específico celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, en el tanto tengan por objeto el otorgamiento de concesiones o la constitución de fideicomisos.

Además el ente contralor ha manifestado que *“procederá el refrendo en el caso de contratos de cuantía inestimable provenientes de licitaciones públicas, únicamente cuando se trate de contratos de fideicomisos, concesiones de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio marco y consignación. (...)*¹¹².

Los contratos de colaboración público privada deben de cumplir con el requisito de refrendo si encajan en alguno de los supuesto establecidos en el artículo 3 del reglamento de cita.

¹¹¹ Contraloría General de la República. Resolución RC-CO-44-2007 del once de octubre del 2007.

¹¹² Contraloría General de la República. Consulta DCA-0513 del 7 de marzo del 2017.

3.1.4 Derechos y obligaciones

3.1.4.1 Derecho a la titularidad de los bienes:

Primero resulta importante mencionar que los contratos de colaboración público privada podrán incluir bienes tanto de naturaleza pública como privada. Ahora bien de conformidad con el artículo 3 del Reglamento, cuando nos encontremos frente a bienes de naturaleza pública la titularidad de los mismos le corresponderá en todo momento a la Administración.

Lo anterior ya que se trata de una modalidad contractual administrativa de gestión indirecta a cargo de un tercero y por lo tanto no constituye un medio para la transferencia al sector privado de la titularidad de los bienes públicos.

En el caso que se incluyan bienes de naturaleza privada, el contrato y el cartel van a definir el régimen aplicable y los que adquiera el contratista colaborador durante la ejecución del contrato con el objetivo de dar cumplimiento al objeto contractual; además se deberá de regular lo relativo al traspaso definitivo de dichos bienes al patrimonio público cuando así se determine. *Para lo anterior, la Administración deberá definir contractualmente a quién corresponderá la titularidad de las obras por realizar, según las competencias legales asignadas.*

3.1.4.2 Derecho a la titularidad del servicio público:

Si en el contrato de colaboración público privada se encuentra involucrado un servicio público regulado, la Administración concedente mantendrá la titularidad del mismo en todo momento.

3.1.4.3 Derecho al equilibrio económico:

Según la teoría del equilibrio económico *en todo contrato administrativo debe existir una igualdad entre las ventajas que se conceden al contratista y las obligaciones que le son impuestas; pensándose “los beneficios probables y las pérdidas previsibles”, honesta equivalencia entre lo que se concede y lo que se exige.*¹¹³

Y lo anterior es regulado en el Reglamento de contratos de colaboración público privada, ya que de conformidad con el artículo 8, el contratista colaborador de la administración pública tendrá derecho al equilibrio económico.

Cabe mencionar que según el artículo 12, el cual regula los elementos mínimos del contrato de colaboración público privada, el contrato deberá contener las reglas del equilibrio económico por lo que ese derecho no releva al contratista de los riesgos que le corresponden, según la distribución que se diseñe en el cartel, y que hubiere aceptado en el contrato.

Para determinar las causas de activación del equilibrio económico se podrán tomar en cuenta mecanismos tales como el pago directo de la Administración, el aumento del plazo contractual dentro de los límites reglamentariamente dispuestos y el incremento de tarifas o de la participación que en ellas tenga el contratista colaborador, o una combinación de las anteriores, según el esquema de contraprestaciones del contrato respectivo.

¹¹³ Enrique López, *“La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos”*. (San José, Costa Rica, 2012), p. 31-69

3.1.4.4 Derecho a subcontratar

El contratista colaborador tendrá el derecho de subcontratar hasta un 50% del total del objeto contractual, sin que sea necesaria la autorización de la Administración.

Si de conformidad con la naturaleza del proyecto la Administración considera pertinente aumentar el porcentaje de 50% permitido para la subcontratación podrá hacerlo ya sea desde el cartel o bien durante la fase de ejecución contractual.

3.1.4.5 Obligación de responder ante terceros:

Como se mencionó anteriormente, cuando en un contrato de colaboración público privada medie la prestación de un servicio público regulado, la Administración concedente mantendrá la titularidad del mismo en todo momento. Por lo que dicha Administración asume también el deber de responder ante terceros por la prestación del servicio. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad contractual frente a la Administración en que incurra el contratista colaborador por el incumplimiento de sus obligaciones.

Mientras que el contratista colaborador responderá ante terceros por los servicios comerciales accesorios que se le hubieren encargado como parte del objeto contractual.

3.1.4.6 Obligación de la Administración de supervisar el contrato

De conformidad con el artículo 11, la Administración deberá ejercer la supervisión del cumplimiento del contrato por parte del contratista. Para el desarrollo de las actividades de supervisión, la Administración podrá contratar los servicios de empresas o consultores especializados de conformidad con el régimen de

contratación previsto en la Ley de Contratación Administrativa, sin perjuicio de los regímenes especiales de contratación existentes para determinados entes y órganos públicos según el ordenamiento jurídico.

3.1.5 Retribución Económica

En cuanto a este tema, el reglamento dispone en su numeral 4 que la retribución económica que recibirá el contratista podrá tratarse de un precio, el cual deberá satisfacerse durante toda la celebración del contrato y que podrá depender de factores tales como desempeño del contratista y calidad del servicio o bien, por su parte el artículo 7 relativo al financiamiento, a su vez referencia al artículo 19, el cual dispone que será requerida la constitución de una sociedad anónima nacional la cual se creará para dar cumplimiento con lo que se haya estipulado como objeto de la alianza, manifiesta el artículo que será mediante el cartel y el contrato que se establecerán los porcentajes de participación del adjudicatario dentro de la sociedad, esto según la naturaleza de las inversiones al igual que de las condiciones de los mercados nacionales y extranjeros.

Asimismo, dispone este artículo que no se podrá excluir la participación dentro del capital social del colaborador contratista, y que será responsabilidad de este conseguir el financiamiento para la misma, por lo cual las obligaciones adquiridas para este fin serán de naturaleza privada.

Se prevén tres posibilidades bajo las cuales se pueden mejorar las perspectivas del financiamiento del proyecto, a saber:

1. La creación de mecanismos de garantía como fideicomisos o garantías mobiliarias sobre los flujos esperados del proyecto,

2. La creación de acuerdos con los acreedores del colaborador contratista con el fin de que estos conozcan la existencia y los alcances de las garantías mencionadas anteriormente, sin que esto dé paso a la posibilidad de traspasar a la Administración la obligación contraída por el colaborador privado,
3. La existencia de esquemas de ingresos mínimos garantizados, bajo este tipo de esquema se deberá optar por una mayor participación de la Administración en relación con los beneficios generados por el proyecto.

3.1.6 Terminación anticipada del contrato

El artículo 13 del reglamento en estudio contempla 6 supuestos en los que se puede dar por finalizado el contrato de colaboración público privada de forma anticipada, cabe mencionar que si la causa de terminación anticipada es imputable a la Administración esta deberá de reconocer al sujeto privado el monto correspondiente a los daños y perjuicios causados. Entre los supuestos regulados en el artículo mencionado anteriormente se encuentran los siguientes:

- a) El incumplimiento grave por parte del contratista según lo disponga el contrato respectivo.*
- b) La declaración de quiebra del contratista colaborador.*
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista colaborador.*
- d) Las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.*
- e) Las contempladas por la Ley de Contratación Administrativa.*
- f) Cuando por motivos de interés público, la Administración acuerde el rescate de la prestación de los servicios contratados con el contratista colaborador, todo con apego al debido proceso. En dichos casos, el rescate podrá incluir los bienes de naturaleza privada que forman parte del servicio objeto del contrato.*

3.2 Complementariedad del Decreto con otras normas

El decreto hace referencia a la aplicación de otras normas de manera subsidiaria y complementaria, específicamente a la Ley de Contratación Administrativa, así como a su Reglamento.

El numeral 4 del reglamento dispone la posibilidad de que la Administración recurra a la figura del fideicomiso con el fin de garantizar la ejecución del proyecto, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa el cual faculta al uso de cualquier figura contractual de manera instrumental, que no esté contenida en el ordenamiento jurídico-administrativo.

Respecto a la ejecución de las garantías establecidas en el artículo 7 del reglamento, se dispone de forma complementaria la aplicación de lo dispuesto en la LCA en su artículo 14 el cual deja en manifiesto la posibilidad de la ejecución de las garantías cuando exista incumplimiento del contratista u oferente, siendo que esta decisión deberá ser motivada y con la posibilidad de que la otra parte interesada exponga su posición, el artículo 40 del RCA regula el modo en el cual se podrán ejecutar dichas garantías.

En cuanto a la subcontratación, se dispone que esta estará sujeta a las limitaciones que establece el numeral 22 bis de la LCA respecto a la prohibición de contratar con la Administración, y se estipula que la subcontratación no podrá ser mayor al 50% del total del objeto contractual, esto en concordancia con el numeral 69 del RCA; en lo relativo a las cesiones de derechos y obligaciones, estas no podrán cederse sin la autorización previa de la Administración contratante según artículo 36 de la LCA.

Dentro de las causas de terminación anticipada del contrato, el numeral 13 inciso e) incluye las existentes en la LCA, de forma complementaria. Por su parte, respecto a las modificaciones del contrato, se establece que estos estarán sujetos al principio de mutabilidad contractual, así como a las reglas de modificación previstas en la LCA y su reglamento, las cuales fijan la posibilidad de la cual goza la Administración de modificar unilateralmente y hasta en un 50% el objeto de la contratación cuando ocurran circunstancias imprevisibles.

Respecto al procedimiento de selección del colaborador privado, el decreto también referencia a la LCA en los incisos a) y c) del artículo 2 bis de este cuerpo normativo.

3.3 Distribución de riesgos

La Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público dispone en su numeral 36 que las obras desarrolladas bajo este régimen se construirán bajo riesgo de concesionario, por su parte, el artículo 24 dispone que la distribución de riesgos ha de estar establecida previamente en el cartel de licitación, toda vez que, según criterio expuesto por la Sala Constitucional en su voto 6432-98 *“resulta medular definir cómo se debe repartir el riesgo contractual y para ello se parte, inicialmente, del principio de "contractus lex", al decir de la doctrina del Derecho Público que el contrato administrativo participa de la inmutabilidad que domina su ejecución y por ello es informado por el principio de riesgo y ventura, en virtud del cual, el contratista no podrá reclamar aumentos en los precios, por variaciones previsibles al momento de formular su propuesta, debiendo asumir la responsabilidad objetiva por la ejecución del contrato”*.¹¹⁴

¹¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 06432 del 04 de setiembre de 1998.*

Por su parte el numeral 30 del reglamento en cuestión establece que serán asumidos por el proponente aquellos riesgos correspondientes a la disminución del monto de desarrollo del proyecto por parte de la Contraloría General de la República, así como los riesgos ante la eventualidad de que los estudios de factibilidad realizados concluyan que el proyecto no se puede realizar según se había planificado inicialmente.

3.4 Resolución de conflictos

En lo relativo a este tema, la Ley 7762 contempla la posibilidad de que dentro del contrato de concesión las partes contratantes acuerden cláusulas de resolución alterna de conflictos, esto según lo dispone el artículo 39, dando la oportunidad de que se diriman controversias o diferencias de interpretación dentro del contrato una vez que este se encuentre en proceso de ejecución, para este fin dicho numeral remite a la aplicación de la ley 7727 Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

El reglamento 39965 no ahonda en el tema de resolución de conflictos, pues solamente dispone que se deberá fijar un procedimiento para este fin dentro del contrato de colaboración público privada, por lo que la normativa existente en materia de concesión de obra pública con servicio público vendría a ser aplicada de manera supletoria, especialmente en los asuntos concernientes al ejercicio de la potestad de imperio y el ejercicio de los deberes públicos por parte de la Administración, respecto a este tema la Sala Constitucional manifestó en su resolución 2004-10492 que *“es claro entonces que ningún procedimiento de contratación para la concesión de una obra con servicio público puede conllevar a la transferencia al particular concesionario, de potestades de actuación unilateral de la Administración, en las que mediante el ejercicio de su “imperium” puede actuar en*

contra de la voluntad de los particulares, quienes deben someterse a sus designios por estar los mismos legitimados por su sujeción al principio de legalidad y su finalidad de atención del interés general.”¹¹⁵

3.5 Fiscalización

Lo relativo a la fiscalización de los contratos administrativos se regula de manera general en la LCA, artículo 13 el cual reza:

“Fiscalización:

La Administración fiscalizará todo el proceso de ejecución, para eso el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. A fin de establecer la verdad real, podrá prescindir de las formas jurídicas que adopten los agentes económicos, cuando no correspondan a la realidad de los hechos.

En virtud de este derecho de fiscalización, la Administración tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.

Si la Administración no fiscaliza los procesos, eso no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.”

La LCA es la norma de aplicación general a todos aquellos acuerdos y contratos que se realicen entre el Estado y un particular, y respecto a su potestad fiscalizadora, esta le permite velar durante todo el desarrollo del contrato por el cumplimiento de los fines de dicho contrato, incluso dispone el último párrafo del artículo en cuestión que aún y cuando la Administración no ejerza dicha potestad fiscalizadora, este hecho no libera al contratista del cumplimiento de las

¹¹⁵Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 10492 del 28 de setiembre del 2004.*

obligaciones adquiridas en el acuerdo, en relación con lo anterior, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I en resolución número 015-2016-I del 16 de febrero del 2016 reiteró que: *“la Administración activa se encuentra obligada por ministerio de ley, a fiscalizar y supervisar el correcto cumplimiento de las cláusulas contractuales, lo que puede conllevar indefectiblemente a labores de fiscalización que pueden comprender supervisión directa o indirecta.”*¹¹⁶

Más específicamente, la ley 7762 dispone en el artículo 16 inciso a) que será obligación de la Administración concedente: *“Fiscalizar, permanentemente, toda construcción y explotación de obras y servicios concesionados, de acuerdo con el programa de construcción y mantenimiento de las obras o el reglamento del servicio, de conformidad con el cartel de licitación y el contrato de concesión.”*

¹¹⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. *Sentencia No. 015-2016-I del 16 de febrero del 2016.*

Capítulo IV Asociaciones Público Privadas en el Derecho Comparado

4.1 Asociaciones Público Privadas en Colombia

De conformidad con el Infrascopes¹¹⁷ Colombia, a nivel de América Latina, tiene uno de los entornos más favorables para el desarrollo de APPs. En la evaluación realizada en el 2017 obtuvo el primer lugar junto con Chile, al obtener una calificación de 74 en una escala de 100. Aunque se indicó que se requiere una mejor implementación del entorno legal, se determinó que los marcos regulatorios de Colombia se encuentran bien desarrollados, razón por lo cual se procederá al análisis de este para compararlo con el marco normativo de nuestro país y así poder detectar áreas de mejora.

4.1.1

Antecedentes

En Colombia las APPs se empezaron a regular con la Ley 80/ 93¹¹⁸ la cual tenía por objeto disponer las reglas y principios que regirán los contratos de las entidades estatales¹¹⁹; no obstante en dicha legislación no se previó el desarrollo normativo ideal para asegurar la participación del capital privado como una estrategia fundamental para la modernización de la infraestructura de ese país¹²⁰.

¹¹⁷Banco Interamericano de Desarrollo, *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean - The 2017 Infrascopes*, (New York, Estados Unidos, 2017) <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8662/Evaluating%20the%20environment%20for%20public-private%20partnerships%20in%20Latin%20America%20and%20the%20Caribbean%20-%20The%202017%20Infrascopes.PDF?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹⁸ Ley 80 del 28 de octubre de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

¹¹⁹ Artículo 1. Ley 80/93

¹²⁰Mateo Vargas Perez, *Aproximación a las Asociaciones Público-Privadas en Colombia* (Medellín, Colombia, 2013), p. 28. <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5236/Una%252520aproximacion%2525200a%252520las%252520asociaciones%252520publico%252520privadas.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Por lo anterior es que ante las necesidad de un marco normativo más sólido y siendo clave atraer inversionistas privados a largo plazo que se conviertan en socios del Estado y así aprovechar la experiencia de estos en la construcción de la infraestructura pública y de la inversión privada en lo público¹²¹, el 10 de enero del 2012, el congreso de Colombia emitió la Ley 1508/2012 la cual establece el régimen jurídico de contratación entre el sector público y el privado conocido como APPs.

Dicha ley define las APPs como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes público y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio¹²².

El Departamento Nacional de Planeación explicó algunos de los errores que se buscaba subsanar con la nueva legislación. Entre estos se mencionan: No se realizaba una eficiente distribución de riesgos, se pagaba por la obra y no por el servicio que se presta con la infraestructura, los inversionistas no vinculan su capital al proyecto, en los proyectos de concesión el Estado aportaba anticipos a los inversionistas, no se realizaba un análisis para determinar cuál era la mejor modalidad para ejecutar determinado proyecto y no se hacía una diferencia entre quién era el que financiaba y quién el que construía¹²³.

¹²¹ Ley 80, Óp. Cit., artículo 7.

¹²² Ley 1508 del 10 de enero del 2012, Artículo 1.

¹²³ Departamento Nacional de Planeación, *Asociaciones Público Privadas APP Constituyen un mecanismo de vinculación de capital privado para la construcción de infraestructura pública y sus servicios asociados*. (Bogotá, Colombia. 2017) Accesado el 14 de abril del 2018. <https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-p%C3%BAblico-privadas/Paginas/asociaciones-p%C3%BAblico-privadas.aspx>

4.1.2 Ámbito de aplicación

De conformidad con el artículo 3 de la ley de cita, esta es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar, sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. Esta ley tiene origen en un contexto crítico con respecto a temas de financiamiento de infraestructura por lo que en palabras propias de la Corte Constitucional Colombiana se indica que *“dicha ley se inscribe entonces en la búsqueda de mecanismos más eficientes y eficaces para promover el desarrollo de la infraestructura pública y superar las dificultades antes descritas...en resumen, la ley 1508 fue promovida para introducir las APP como nueva modalidad contractual, en vista de los beneficios que según la experiencia comparada reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública.”*¹²⁴

La ley de asociaciones público-privadas de Colombia establece un límite económico para poder aplicar esta figura contractual, ya que señala que el monto de la inversión debe de ser superior a seis mil (6000) salarios mínimos mensuales vigentes.¹²⁵

¹²⁴ Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia No. C-595 del 20 de agosto del 2014.*
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>

¹²⁵ De conformidad con el artículo 152 de la Ley 1607 del 2012, este artículo no es de aplicación aquellos proyectos que se realicen en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

La ley también establece en numeral 8 cuáles son las instituciones públicas que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación, ya que se dispone que:

“Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedad~. de Economía Mixta en las que el Estado tenga ... 2 participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.”

4.1.3 Criterios de Selección

La ley en estudio establece que los criterios de selección aplicables, serán los dispuestos en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 a excepción de las materias particularmente reguladas en la presente ley.

4.1.3.1 Proyectos de Iniciativa Pública

El numeral 9 de la ley de cita dispone que la selección se realizará a partir de un sistema abierto o de precalificación, el cual consiste en la conformación de una lista de precalificados a partir de la convocatoria pública, dando como resultado un grupo limitado de oferentes que participarán en el proceso de selección.

El proceso de precalificación tiene por objeto principal el conformar una lista limitada de posibles oferentes y que estos incluyan dentro de su propuesta los estudios complementarios que consideren pertinentes a fin de ejecutar de la mejor manera el proyecto, esta lista podrá ser conformada por un mínimo de dos (2) oferentes y un máximo de seis (6).

Los interesados en participar deberán manifestar su interés vía escrita dentro del plazo señalado para este efecto, junto con toda la documentación correspondiente al cumplimiento de los requisitos habilitantes del interesado.

Se contemplan también parámetros de selección objetiva en los casos en que se requiera del desembolso de recursos públicos, dicho parámetros versará en el ofrecimiento más favorable para la entidad y para los fines que la misma desea alcanzar, esto según lo dispuesto por el numeral 12 de la ley en análisis. Los aspectos a tener en cuenta para definir cuál ha de ser la mayor oferta serán, entre otros, las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta sobre el proyecto de APP, así como las condiciones técnicas y económicas adicionales que a criterios de la entidad estatal competente representen un ventajas cuantificables, así como los puntajes asignados a cada ofrecimiento técnico y económico, mismo que tendrá como fin permitir la comparación entre las ofertas presentadas.

4.1.3.1.1 Estudios previos:

La etapa precontractual, es decir, la que antecede cualquier contratación, determina, en buena medida, el éxito o el fracaso de los procesos de selección o de los contratos que se suscriban¹²⁶ y es aquí donde radica la importancia de los estudios previos.

Dichos estudios son entendidos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto por contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.¹²⁷

¹²⁶ Procuraduría General de la Nación, *Recomendaciones para la elaboración de estudios previos, aplicación del principio de planeación en la contratación de las entidades públicas* (Bogotá, Colombia. 2010). Accesado el 16 de abril del 2018
<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartillaprocuraduriaestudiosprevios.pdf>

¹²⁷ Ley 80, artículo 25.

La realización de esos estudios resulta indispensable para poder justificar el proyecto por lo que se debe de exponer el objeto del mismo, valor y la modalidad de la contratación que se considera más apropiada¹²⁸ Además estos documentos sirven de soporte para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, de manera que los proponentes puedan valorar adecuadamente el alcance de lo requerido por la entidad, así como la distribución de riesgos que se propone, ordenando ponerlos a disposición de los interesados de manera simultánea con el proyecto de pliego de condiciones.¹²⁹

En síntesis los estudios previos son aquellos análisis, documentos y trámites que deben adelantar las entidades públicas antes de contratar.¹³⁰ Al respecto la Procuraduría General de la Nación ha manifestado que:

“...El principio de planeación es una manifestación del principio de economía, consagrado en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, como se desprende de lo dispuesto en los numerales 6, 7 y 12 a 14 de esta disposición. El principio de planeación busca garantizar que la escogencia de los contratistas, la celebración, ejecución y liquidación de los contratos no sea producto de la improvisación; en consecuencia, en virtud de este principio, **cualquier proyecto que pretenda adelantar una entidad pública debe estar precedido de estudios encaminados a determinar su viabilidad técnica y económica (...)**”¹³¹

Los estudios exigidos para el desarrollo de APPs se encuentran establecidos en el artículo 11 de Ley que regula esta forma de contratación y el decreto número 274 del 2012 de Colombia, y corresponden a los que se detallan a continuación:

¹²⁸ Ley 1508, artículo 4.

¹²⁹ Decreto 2474 del 7 de julio del 2008

¹³⁰ Procuraduría General de la Nación, Óp. Cit., p, 20

¹³¹ Procuraduría General de la Nación, *Radicación N° 120-2216-2006 del 12 de setiembre del 2008.*

1. Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.
2. Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
3. Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto. Dicha justificación debe de responder a los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación, los cuales corresponden a una serie de justificaciones de diversos tipos, mismas que se proceden a explicar a continuación; es importante antes mencionar que por cada justificación existe un cuadro de chequeo el cual corresponde a una serie de preguntas que pretenden guiar a la institución en la elaboración de cada una de dichas justificaciones :

4.1.3.1.2 Justificación estratégica

Se debe de realizar una revisión de las necesidades sociales que se pretenden atender por medio del proyecto de APP, y cómo dicho proyecto va lograr la satisfacción del interés público. En Colombia una herramienta que se utiliza como guía para poder determinar si realmente el problema que se pretende solventar se puede solucionar mediante una APP es la llamada Metodología General para

Formulación y Evaluación de Proyectos de Inversión Pública – MGA, la cual se basa en los siguientes componentes:



4.1.3.1.3 Justificación económica

Esta cumple con dos objetivos el primero es demostrar que el proyecto es la mejor alternativa para lograr satisfacer la necesidad existente y a la vez lograr definir cuál es la opción de contratación que más se ajusta al tipo de proyecto, ya sea una APP o una contratación de obra pública tradicional.

Con el fin de facilitar la elaboración de esta justificación, el Departamento Nacional de Planeación, elaboró un cuadro de chequeo, en el cual se plantean una serie de preguntas que permite iniciar el proceso de sustentación económica del proyecto. Las preguntas planteadas en el cuadro se encuentran enfocadas tanto en experiencias previas con proyectos similares, como en el clima de inversión y las condiciones macroeconómicas existentes.

4.1.3.1.4 Justificación financiera

Con esta justificación se pretende demostrar que el proyecto resulta rentable para la entidad contratante durante todo el contrato, ya que *“en la etapa de elegibilidad la entidad debe tener en claro como mínimo: si cuenta con recursos para la realización del proyecto, definir las posibles fuentes de financiación, determinar las posibilidades de explotación económica de la infraestructura por parte del socio privado”*. En el cuadro de chequeo relacionado con este tema se analizan aspectos como los aportes directos que efectuará la entidad, así como los aportes que provendrán del Gobierno central y los posibles pagos tarifarios que los usuarios realizarán al utilizar los servicios que el proyecto provee. Así mismo hay preguntas que se relacionan con los costos del proyecto, las estrategias de financiamiento y los gastos de operación. Con esta justificación se debe de presentar el modelo financiero de referencia del proyecto.

4.1.3.1.5 Justificación legal/ comercial

Lo que se pretende demostrar con esta justificación es que desde el punto de vista comercial el proyecto de APPs es viable, por lo que uno de los principales objetivos de dicha justificación es obtener la propuesta de distribución de riesgos que se hará entre el sector público y el sector privado.

*Para tener una visión inicial, la entidad debe al menos identificar los riesgos más relevantes para el proyecto y entender quién los asumiría. En principio, el sector privado es mejor administrando los riesgos propios de sus actividades tales como el riesgo de diseño y construcción y el sector público tiene mayores facultades para mitigar riesgos como los de inestabilidad jurídica o de seguridad.*¹³²

¹³² Departamento Nacional de Planeación, Óp. Cit., p, 6.

Además en esta etapa se pretende identificar a los posibles socios comerciales para la ejecución del proyecto, por lo que varias de las preguntas que se debe de efectuar la institución al momento de emitir dicha justificación es si en el mercado existen socios privados con la capacidad de ejecutar el proyecto, así como si se ha recibido ya alguna manifestación de interés por parte de un potencial socio.

4.1.3.1.6 Justificación gerencial

Esta justificación se encuentra enfocada en la capacidad que tiene la institución para llevar a cabo el proyecto, es decir, si cuenta con el capital humano, y demás recursos para alcanzar una adecuada implementación del proyecto.

Entre los documentos que se deben de elaborar para cumplir con esta justificación se encuentra un cronograma detallado del proyecto, un organigrama que refleje el equipo de ejecución así como el de toma de decisiones y la identificación de todas las partes involucradas en el proyecto.

4. Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

4.1.3.2 Proyectos de Iniciativa Privada

En cuanto a los proyectos de Asociaciones Público Privadas propuestos por el sector privado en Colombia se entiende que estos son aquellos cuya idea y propuesta surge del socio privado, por lo cual, la responsabilidad de realizar el proyecto y el riesgo asociado a ese corre bajo su propia cuenta.

La legislación colombiana hace la distinción entre los proyectos de concesión y los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, siendo que los primeros solo pueden ser de iniciativa pública, a diferencia de nuestro país que contempla la posibilidad de desarrollar proyectos bajo la figura de concesión que hayan sido propuestos por el sector privado.

Ahora bien este proceso se encuentra dividido en dos etapas, la primera corresponde a la prefactibilidad la cual se encuentra orientada propiamente al proyecto, por lo que se requiere brindar a la institución una descripción sumamente detallada del mismo e incluyendo cada una de las etapas de este, es decir, construcción, operación, mantenimiento, explotación, el costo económico aproximado que tendría y los diversos estudios de demanda.

Una vez presentada la documentación mencionada en el párrafo anterior la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si a la propuesta se le brindó el dictamen positivo.

Superada esta etapa y con el dictamen positivo¹³³ de la institución se continuaría con la etapa de factibilidad, la cual se enfoca principalmente en la capacidad de ejecutar el proyecto, es decir, la capacidad financiera del privado o de obtener alguna fuente de financiamiento y la capacidad jurídica; así como la *experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato por celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.*

¹³³ El dictamen positivo no genera ningún compromiso de aceptación del proyecto en el futuro u obligación de cualquier orden para el Estado.

Después de que se presenten los documentos solicitados para la etapa de factibilidad la entidad estatal dispondrá de un plazo máximo de seis meses para dar un resultado al sujeto privado que presentó la iniciativa.

Si se decide rechazar la iniciativa, se deberá de emitir un acto debidamente motivado por la entidad estatal competente.

Si se considera que la iniciativa presentada es viable, y que a través de esta se podría satisfacer el interés público cubriendo una necesidad de la población se comunicará al sujeto privado informando a la vez las condiciones para la aceptación de su iniciativa, y las condiciones que se pactarían en el contrato.

En relación con esta modalidad contractual, se discutió en Colombia la constitucionalidad del inciso tercero del artículo 20 de la ley en análisis, mismo que reza: *“Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.”*¹³⁴ La discusión versaba sobre el aparente tratamiento desigual al que se sometían a los demás participantes en relación con el proponente originador, siendo que la Corte Constitucional resolvió que no existía tal desigualdad alegada, pues desde un principio se determina que los grupos a los que se hace referencia no son iguales, siendo uno el proponente originador del proyecto de APP que no requiere desembolso de dineros públicos y el otro un particular que desea desarrollar el proyecto, siendo la principal diferencia los esfuerzos realizados durante la etapa precontractual.

¹³⁴ Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia No. C-595*, Óp. Cit.,

4.1.4 Procedimiento de licitación

4.1.4.1 Proyectos de Iniciativa Pública

De conformidad con el marco normativo colombiano los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público-Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley de Asociaciones Público-Privadas.

La Ley 80, conocida como el Estatuto de Contratación Administrativa, en su numeral 30 establece las reglas que debe de seguir la Administración al momento de efectuar el concurso o licitación.

Ahora bien en el inciso 12 del artículo 25 de la ley de cita se establecen lo que conocemos como actos previos, los cuales corresponden a un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso y sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

Una vez realizado dicho estudio se podrá proceder a dictar el acto administrativo en el cual se ordena la apertura del concurso, dicho acto deberá de ser emanado por el jefe o representante de la unidad estatal que va a llevar a cabo la contratación.

Cuando se cuente con el acto de apertura la entidad estatal procederá a elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas. Y se deberá de respetar lo establecido en el inciso 5 del artículo 24, el cual indica que los pliegos de condiciones deberán de incluir lo siguiente:

- a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

- b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Al respecto la Corte Constitucional Colombia ha señalado que en defensa del principio del *interés general propio de la contratación estatal resulta acorde con su naturaleza, que el legislador exija como criterio de selección del contratista la mejor propuesta, el ofrecimiento más ventajoso y la propuesta más adecuada al interés general.*¹³⁵

- c) En el pliego de condiciones se deben definir claramente las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

¹³⁵ Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia* No. C-932 del 2007. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm>

d) Las reglas que se definan no deberán de inducir a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

e) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Una vez elaborado el pliego de condiciones, se procederá a la publicación de la licitación la cual deberá de realizarse de conformidad con la Ley 80 de Colombia, en su artículo 30. 3 el cual indica que se deberá de publicar el concurso dentro de los 10 a 20 días antes de la apertura de la licitación; cabe resaltar que se trata de días calendario y no de días hábiles.

Luego de dar por iniciado el plazo para la presentación de ofertas, cualquiera de las personas físicas o jurídicas que haya retirado el pliego de condiciones tiene la posibilidad de, dentro de los tres días hábiles siguiente, solicitar una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados. *Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles.*

Como parte del procedimiento establecido en Colombia se indica que tomando en cuenta la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos que se estimen necesarios para realizar la evaluación de las propuestas.

Una vez realizada la evaluación de las ofertas los informes de evaluación estos deberán permanecer en la entidad durante un plazo de cinco (5) días hábiles para que los oferentes puedan consultarlos y cuando lo estimen pertinente presentar observaciones a la administración. Cabe mencionar que el ejercicio de esta facultad no permite a los oferentes completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

El plazo para llevar a cabo el acto de adjudicación se definirá en cada caso tomando en cuenta la naturaleza, cuantía y objeto de la contratación por realizar.

Por último, si el adjudicatario no suscribe el contrato en el plazo señalado, el monto depositado por éste en concepto de garantía quedará a favor de la Administración, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En el caso que suceda lo descrito en el párrafo anterior, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

4.1.4.2 Proyectos de Iniciativa Privada

El procedimiento de selección para los proyectos de iniciativa privada se regula a partir del numeral dieciséis de la Ley 1508, el cual dispone que la entidad estatal gozará de un plazo máximo de seis meses para realizar consultas a terceros y a las autoridades competentes; una vez efectuados estos estudios, si es consideración de la entidad responsable que el proyecto está en concordancia con el interés y las políticas públicas, se lo informara al originador proponente del proyecto, junto con las condiciones para la aceptación de su propuesta.

Una vez se comunica la viabilidad de la propuesta, este podrá aceptar las condiciones que la entidad estatal establece o bien podrá proponer nuevas alternativas, todo esto dentro del plazo de dos meses a partir de la comunicación de viabilidad.

Por su parte, respecto a aquellas propuestas de iniciativa privada que requieren el desembolso de recursos públicos, establece el numeral 17 de la ley en estudio que, una vez logrado el acuerdo entre el proponente y el ente público, se abrirá una licitación pública a fin de elegir quién desarrollará el proyecto presentado por el privado.

En este proceso se otorga una bonificación de entre 3% y 10% a la calificación inicial del proponente, porcentaje que se determinará dependiendo de la complejidad del proyecto.

Tanto en aquellos proyectos de iniciativa privada que se requieran desembolsos de recursos públicos como en aquellos que no, en caso de que el proponente originador no resultase electo para llevar a cabo el proyecto, deberá el adjudicatario realizar el pago de los estudios previos necesarios para la realización de la propuesta, basado en el valor que le asigne el ente adjudicador; entidad fijará el valor de los estudios dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, todo ello para compensar al particular por su actividad previa.¹³⁶

¹³⁶ Mateo Vargas Pérez, Óp. Cit., p. 30.

El artículo 28 del Decreto 1467 fijó la siguiente tabla de valores:

Categoría	Monto de inversión del proyecto – (SMMLV)	Porcentaje de bonificación
A	Entre 6.000 y 40.000	10%
B	Entre 40.001 y 120.000	6%
C	Mayor a 120.000	3%

4.1.5 Distribución de Riesgos

La Ley 1508 que regula la actividad de las APP's en Colombia, dispuso que esta figura, como instrumento de vinculación entre el capital público y el privado involucra a su vez la retención y transferencia de riesgos entre las partes, misma que se hará en concordancia con lo dispuesto por las Leyes 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007 y demás instrumentos legales que regulen la materia.

Respecto a la distribución de riesgos se ha indicado que:

“Ley 1150 había regulado con propiedad este tema para la contratación pública, en términos de que es el Estado el que en el pliego de condiciones establece el régimen de distribución de riesgos; en relación con el régimen de las APP se habría presentado un cambio realmente importante en la materia, esto es, que los riesgos se asumen por quien tenga control sobre ellos.

Conforme el artículo 36 del Decreto 1467 de 2012, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encargará de regular la metodología que se aplicará a los proyectos de APP para definir la estimación de los valores de las obligaciones contingentes en el contrato de APP. En caso de que no se haya regulado en torno a la metodología de valoración, será la entidad correspondiente la encargada de diseñar, caso por caso, para lo cual deberá también someterlas a la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.”¹³⁷

Usualmente los principales riesgos retenidos son los siguientes: Cambios de ley y normatividad específica, políticos (comunidades, orden público), predial (cuando los predios son propiedad del socio público), ambiental, comercial (en proyectos greenfield⁴), riesgos de fuerza mayor no asegurables. Los riesgos retenidos calificados como de alto impacto o de alta probabilidad deben ser valorados de acuerdo con la regulación que sobre la materia tiene el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y deberán realizar aportes al fondo de contingencias con recursos provenientes del presupuesto del socio público. Los principales riesgos transferidos en este tipo de proyectos son: diseño, construcción, operación y mantenimiento, financiación, fuerza mayor asegurable, comercial (en proyectos de iniciativa privada y brownfield⁵), cambios en leyes y normativa general.

Los riesgos compartidos dependen del tipo de infraestructura que el APP proveerá. En proyectos cuyas especificaciones técnicas o geológicas son de alta complejidad usualmente los riesgos constructivos son compartidos por las dos partes. En temas de licenciamiento ambiental o predial, el riesgo se comparte dándole la responsabilidad sobre la gestión al socio privado y parte de la responsabilidad sobre los sobrecostos que ocasionen las licencias al socio público. No hay una fórmula específica sobre qué tipo de riesgos se deben compartir, sin embargo, la idea es lograr un equilibrio entre impulsar la bancabilidad del proyecto y limitar los costos

¹³⁷Ibid.

fiscales del mismo. Es importante resaltar que todo cambio en la distribución de los riesgos del proyecto, tendrá incidencia sobre la asequibilidad, el interés comercial, los términos y condiciones clave, y la especificación en materia de desempeño y disponibilidad del proyecto.¹³⁸

4.1.5.1 Proyectos de iniciativa pública

En este tipo de iniciativa, la distribución de riesgos debe hacerse y presentarse como requisito inicial para la selección del contratista, según lo establece el numeral 11 inciso 5 de la ley. No obstante, se ha manifestado doctrinalmente que la distribución de riesgos en este tipo de proyectos se constituye como un abuso por parte de las autoridades competentes, siendo que *“el contratista la mayor parte de los riesgos previsibles e imprevisibles, estos últimos disfrazados en unos casos de una supuesta previsibilidad y en otros del carácter asegurable del riesgo, mientras que la entidad retiene riesgos de casi imposible materialización”*¹³⁹ De este modo, se iguala la previsibilidad con la posibilidad de ser imaginado, convirtiendo cualquier riesgo en previsible y eximiéndose así la administración de dichos riesgos.

4.1.5.2 Proyectos de iniciativa privada

Del mismo modo ocurre con la distribución de los riesgos en los proyectos de iniciativa privada, toda vez que estos, a pesar de ser propuestos por particulares, deben someterse a las disposiciones establecidas por la Administración, asimismo,

¹³⁸Departamento Nacional de Planeación, *Guía de Asociaciones Público-Privadas- Capítulo 3 Estructuración* (Bogotá, Colombia, 2014). Accesado el 22 de abril del 2018 <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%203.pdf>

¹³⁹ Jose Vicente Blanco, *La distribución de riesgos en los proyectos de APP: un claro abuso del derecho por parte de las entidades estatales*, (Medellín, Colombia, 2014). Accesado el 21 de abril del 2018

<http://contratacionestatal.blogspot.com/2014/08/la-distribucion-de-riesgos-en-los.html>

se dispone que aquellas inversiones que no requieran de desembolso de fondos públicos, podrán ser llevadas a cabo por parte del contratista bajo su propia cuenta y riesgo.

4.1.6 Retribución Económica

4.1.6.1 Proyectos de iniciativa pública

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1508, de Colombia, el derecho a recaudar los recursos que se obtengan por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento, respecto a esto se ha señalado que es deber del Estado:

“establecer ciertas reglas para un pago adecuado y proporcional, para ser más justo para las partes, especialmente para el Estado. Es por ello que la retribución en las APP, el derecho al mismo está sujeto a la disponibilidad del bien construido, después de hacer uso de este y que cumpla con los niveles de servicio y calidad exigidos en el contrato. Como establece el decreto citado: medibles, viables, pertinentes y oportunos, que permita entrar a ser el pago con el uso de la obra, ya sea por parte del ente contratante, el usuario de la APP o por ambos, según lo establecido en el contrato.”¹⁴⁰

¹⁴⁰Laura María Vergara Aguilera, *El papel de las asociaciones público privadas -APP dentro de los contratos de concesión de obra*, (Bogotá, Colombia, 2016). Accesado el 21 de abril del 2018 <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2128/Vergaralaura2016.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>

Se entiende que se encuentra disponible la infraestructura cuando se pueda hacer uso de ella y cumpla con los niveles de servicio y los estándares de calidad que se haya establecido en el contrato de APP.

Al encontrarse condicionada la retribución al cumplimiento de estándares de calidad, estos deben de quedar claramente establecidos en el contrato y responder a ciertas características, ya que deben de ser estándares medibles, visibles, oportunos, pertinentes y específicos.

Otro de los aspectos que debe de quedar expresamente estipulado en el contrato es el procedimiento que se seguirá para realizar la actualización del monto de los recursos públicos a desembolsar.

De conformidad con el Decreto 2100 del 2015, el cual reglamenta el artículo mencionado anteriormente, en los contratos de APPs se podrá establecer el derecho a una retribución por etapas. Para lo anterior posteriormente deberá de contarse con la aprobación del ministerio u órgano cabeza del sector en el que se desarrolle el proyecto.

Para poder disponer que se de una retribución por etapas, el proyecto debe de cumplir con dos condiciones; la primera es que el proyecto haya sido estructurado en etapas contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, por lo que la unidad que se va a remunerar esté disponible y cumpla con los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para la misma.

La segunda condición está relacionada con el monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura ya que debe ser igual a superior a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4.1.6.2 Proyectos de Iniciativa Privada

En Colombia, la remuneración económica de los proyectos realizados bajo el régimen de APP's de iniciativa privada se basa en el cumplimiento del servicio y la calidad del mismo durante las distintas etapas del proyecto, siendo que podrá contar con hasta un 20% de recursos públicos correspondientes al valor de la inversión, para lo cual será requisito la realización de una licitación pública para seleccionar al contratista. En nuestro país, las concesiones de iniciativa privada deben de contar con un informe de las condiciones económicas bajo las cuales será desarrollado, incluyendo el esquema tarifario, el plazo de la concesión, niveles de subsidio y demás información que permita a la Administración conocer de antemano el alcance de la propuesta.

Se establece que el derecho de retribución económica estará condicionado a variables tales como el cumplimiento de estándares de calidad y niveles de servicio, así como a la disponibilidad de las obras dentro del tiempo pactado, se prevé la posibilidad también de que el derecho de retribución sea pactado por etapas, para lo cual deberá contar con la autorización del Ministerio de Hacienda o en su defecto del órgano correspondiente que se encuentre al cargo, sin embargo, para esto se han de cumplir una serie de requisitos a saber: que el proyecto en desarrollo se haya planeado en etapas autónomas e individuales y que dicha etapa se encuentre concluida y en funcionamiento bajo los niveles de calidad y servicio pactados. En cuanto a Costa Rica, se establece que en los proyectos de concesión de iniciativa privada, el postulante deberá cubrir por sus propios medios todos los gastos relativos a estudios, elaboración, revisión y presentación del proyecto hasta que este sea aprobado una vez se llegue al final de la etapa de proposición, en el caso en que el postulante no resulte adjudicatario de la concesión, este ostentará el derecho de que se le reintegre la cantidad destinada por la Administración como costos de desarrollo del proyecto establecidos en el cartel de licitación.

4.1.7 Terminación anticipada del contrato

En este tema la Ley 1508 es igual omisa, pues no especifica el procedimiento por seguir ante una eventual terminación anticipada del contrato de asociación público privada, por lo cual, es requerido dirigirse a la legislación que regula la contratación administrativa de manera más amplia y general.

Para este efecto nos remitiremos a analizar lo establecido tanto en la Ley 80 de 1993 como en la Ley 1150 del 2007. El numeral 17 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública dispone las causales, taxativas, por las cuales se podrá finalizar el contrato de forma anticipada.

Se contemplan cuatro causales a saber:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*
- 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

Al respecto de la terminación anticipada de los contratos estatales ha manifestado el Consejo de Estado en Concepto 2157 de octubre 10 de 2013 que “*además se encuentra, como causal de terminación de los contratos de la Administración, el mutuo consentimiento de las partes, la cual se ubica en un estadio intermedio, puesto que no corresponde exactamente a los modos normales de terminación del*

contrato —puesto que al momento de su celebración las partes no querían ni preveían esa forma de finalización anticipada—, como tampoco corresponde en su totalidad a los modos de terminación anormal, dado que está operando la voluntad conjunta de las partes y ello forma parte esencial del nacimiento y del discurrir normal de todo contrato.”¹⁴¹

4.1.8 Fiscalización de los Proyectos de APP

Con respecto a la fiscalización de las Asociaciones Público Privadas en Colombia, la ley 1508 dispone que el órgano encargado de dicha tarea será el CONFIS (Consejo Superior de Política Fiscal) el cual es un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público colombiano, cuya función principal es la de dirigir la Política Fiscal y coordinar el Sistema Presupuestal en el país.

El numeral 26 de la Ley en estudio dispone una serie de requisitos que deben cumplir las APP's previo a que puedan solicitar la solicitud de aval fiscal por parte del CONFIS, entre los cuales encontramos:

- Tener el registro correspondiente del proyecto ante el Banco de proyectos de Inversión Nacional siglas BPIN;
- Es necesario que cuenten con el concepto de riesgos proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto a la valoración de obligaciones contingentes del proyecto
- En tercer lugar se debe contar con el aval del DNP relativo a la justificación sobre el por qué se decantó por la figura de APP como mecanismo de ejecución del proyecto. -Es requerido también que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expresamente indique que no tiene objeciones respecto a las condiciones financieras y cláusulas contractuales presentadas por la entidad pública

¹⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Radición No. 76001-23 del 4 de diciembre del 2006.*

-El último requisito contemplado en dicho artículo es el contar con la aprobación por parte del Ministerio del Ramo para llevar a cabo la ejecución del proyecto.

El Departamento Nacional de Planeación también debe brindar su aval a los proyectos de APP cuando estos requieran de la utilización de recursos públicos, una vez se de dicha autorización, el CONFIS inicia las consideraciones respecto a las vigencias futuras requeridas para cada proyecto en específico. Respecto a este último punto existe la prohibición de aprobar vigencias futuras durante el último año de gobierno, toda vez que se compromete el presupuesto con el que contaría el gobierno entrante.

4.1.9 Resolución de conflictos

Con respecto a la solución de conflictos surgidos durante el desarrollo de los proyectos de asociación-público privada la ley 1508 es omisa, toda vez que no especifica cuál será el modelo de resolución de controversias a utilizar, por lo cual es necesario remitirse a otras leyes de aplicación general en materia de contratación pública.

La primera ley que resulta aplicable ante la aparición de controversias es el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública que data de 1993. A partir del numeral 68 de dicha ley se establece el modo bajo el cual se deberá proceder una vez que se haya suscitado un conflicto entre las partes, disponiendo que *“al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”*

Asimismo, se dispone que las autoridades no podrán imponer prohibiciones para la utilización de otros mecanismos de resolución directa de conflictos, y el numeral 70

faculta a las partes a incluir dentro de los contratos una cláusula compromisoria con el objetivo de resolver en sede arbitral las controversias surgidas a raíz de la ejecución del contrato administrativo en cuestión.

En los casos en que no se haya acudido a la resolución alterna de conflictos en vía arbitral, se podrá recurrir a sede jurisdiccional para que sean los Tribunales Administrativos los que conozcan y den solución a la controversia.

En materia disputas por asuntos técnicos, la presente ley dispone que las partes se podrán someter al arbitrio de organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior, no obstante se podría considerar que dicha regulación es escasa y carece de especificidad.¹⁴²

4.1.10 Derechos y obligaciones

- a) Sobre la titularidad de los bienes: se dispone la creación de un patrimonio autónomo el cual administrará los bienes pertenecientes al proyecto tanto en el presente como en el futuro, y se estipula en la misma línea que los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecerán al proyecto.
- b) Sobre la retribución económica: la ley de APP's de Colombia establece que el contratista tendrá derecho a la retribución económica, ya sea por medio de la explotación económica del proyecto o bien mediante los desembolsos de recursos públicos realizados por la Administración
- c) Sobre el derecho a subcontratar: en la legislación sobre APP's de Colombia no se regula la posibilidad de la subcontratación por parte del desarrollador del proyecto, no obstante se abre la posibilidad de que ante la eventualidad de que el contratista incumpla con su obligación, esta sea asumida y cumplida por los financiadores del contrato o bien por parte de terceros.

¹⁴² Christian Andrés Vargas Gallegos *Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los dispute boards o paneles de expertos* (Santiago, Chile, 2012)

4.1.11 Comparación con el marco normativo costarricense

El objeto de ambos cuerpos normativos, tanto en Costa Rica como en Colombia es el mismo: regular los modos de vinculación entre el sector público y el sector privado cuando el primero cede al segundo la ejecución o desarrollo de una actividad que es de naturaleza pública.

Una de las primeras diferencias que existen entre ambos instrumentos es que en el caso de Costa Rica, la vinculación del sector público se hace con un tercero que ha de ser persona jurídica, por su parte en Colombia cabe la posibilidad de que se desarrolle una alianza tanto con una persona física

Otra de las diferencias que podemos encontrar entre el marco normativo de Colombia y Costa Rica, con respecto a las regulaciones de las Asociaciones Público Privadas la podemos ubicar en el artículo que define el ámbito de aplicación. En el caso de Colombia se establece un monto mínimo que debe de tener el contrato para que pueda llevarse a cabo mediante una APP, mientras que en Costa Rica este aspecto no es regulado; es decir el valor del proyecto que se aspira a ejecutar mediante una asociación público privada en nuestro país puede ser de cualquier monto.

En cuanto a los modos de retribución económica para con el sector privado, en ambas legislaciones se prevé que pueda realizarse mediante el pago de contrapartidas por parte de la Administración o bien a pagos provenientes de la explotación del proyecto o la prestación del servicio; de igual forma en ambos casos se dispone que dichos pagos o contraprestaciones estarán sujetos a *“la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad.”*

Respecto a los servicios públicos regulados, el numeral 5 del reglamento 39965 dispone que la Administración en todo el periodo del contrato ostentará la titularidad de estos y será responsable ante terceros por su prestación, por su parte en la legislación colombiana no se encuentra ninguna restricción atinente a este punto.

Otra de las principales diferencias entre ambas legislaciones es el hecho de que en Colombia se distinguen los proyectos de iniciativa pública y los proyectos de iniciativa privada, y existen distintas regulaciones para ambos, en Costa Rica en cambio, en el reglamento 39965 se regulan por igual ambas modalidades.

En cuanto al manejo de los bienes propios del proyecto, en Colombia se dispone la creación de un patrimonio autónomo el cual deberá ser constituido por el contratista y que incluirá todos los activos y pasivos presentes y futuros pertenecientes al proyecto, en nuestro país por su parte, se dispone la creación de una Sociedad Anónima Nacional esto para fines de administrar el proyecto, no obstante el numeral tres del reglamento dispone que la titularidad de los bienes estatales continuará siendo en todo momento de la Administración, y que la de los bienes privados se regulará dentro del cartel y el contrato propiamente siendo posible incluso que estos sean utilizados como garantía de las obligaciones financieras del contratista.

Respecto al procedimiento, se distingue el hecho de que Colombia cuenta con una etapa de precalificación en la cual, como se expuso anteriormente se conforma una lista de precalificados la cual limitará el número de oferentes para participar en el proceso de selección, esto en cuanto a los proyectos de iniciativa pública, por su parte los proyectos de iniciativa privada contarán igualmente con dos etapas: una de prefactibilidad y otra de factibilidad, mismas que ya fueron descritas con anterioridad; Costa Rica incluye dichas etapas en su regulación en conjunto con el procedimiento ordinario de contratación administrativa, sin perjuicio de poder utilizar también los procedimientos de contratación directa y demás procedimientos especiales, previa autorización de la CGR.

Para temas de administración de las APP's en Colombia existe el Registro Único de Asociación Público Privada RUAPP el cual es manejado por el Departamento Nacional de Planeación y tiene por objeto llevar el control de todas las iniciativas Público-Privadas que se encuentran en desarrollo como en trámite tanto a nivel nacional como territorial; en Costa Rica no existe un ente encargado de dicha labor, no obstante, dichas funciones podrían ser adoptadas por el Consejo Nacional de Concesiones, pues este ente realiza la misma función cuando se trata de concesiones.

4.2 Asociaciones Público Privadas en Chile

Desde hace algunos años Chile constituye el referente en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas a Nivel latinoamericano, obteniendo en reiteradas ocasiones el primer lugar en la evaluación realizada por el Infrascopio, el cual lo cataloga como el país con un mejor entorno para el desarrollo de APPs. El Infrascopio de 2017 destaca la experiencia y los marcos normativos del Chile en lo que respecta a APPs.

4.2.1 Antecedentes

Desde inicios de los años 90 Chile detectó que era urgente superar el déficit que tenía a nivel de infraestructura¹⁴³, ya que era vital para poder alcanzar el desarrollo

¹⁴³ Julio Toro Cepeda, *Experiencia Chilena en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos, informe final*, (Santiago, Chile, 2009), p. 27. Accesado el 28 de abril del 2018. <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/35797606.pdf>

económico del país¹⁴⁴. No obstante, a pesar de que el Estado Chileno era consciente de la necesidad de invertir en esta área no contaba con los recursos para llevar a cabo obras de cuantías tan elevadas así como tampoco la capacidad para ejecutar y gestionar proyectos de esa magnitud.¹⁴⁵

Es por lo anterior que el Estado chileno optó por recurrir a la capacidad de financiamiento y de gestión con la que contaba el sector privado por lo que en 1993 se emitió la Ley 19 068, Ley de Concesión de Obras Públicas.

En 1993 se introducen una serie de modificaciones a dicha ley, mediante la número 19.252. Por su parte, en fecha del 13 de julio de 1996, el Congreso chileno emitió la Ley 19.460, misma que modifica el Decreto con Fuerza de Ley 164 de 1991 del Ministerio de Obras Públicas sobre el Régimen Legal de las Concesiones de Obras Públicas y las Normas Tributarias, el cual hasta ese momento era el instrumento que regía la materia de concesiones.

Cabe destacar desde ahora que en Chile se conoce como “Proyecto de Concesión” a todo aquel proyecto que contemple la colaboración entre el sector público y el sector privado; lo que se impulsó con la promulgación de la Ley 19.460 fue una mayor formulación de proyectos de desarrollo de obra pública sin que esto significara un aumento en la carga impositiva de los ciudadanos ni mayores niveles de endeudamiento nacional.

En 1996, se promulga el decreto número 900, cuyo objeto era fijar el texto refundido de los demás decretos que hasta la fecha habían sido promulgados y que se habían

¹⁴⁴De conformidad con un estudio realizado por la CEPAL la ausencia de una infraestructura adecuada, así como la provisión ineficiente de servicios de infraestructura, constituyen obstáculos de primer orden para la implementación eficaz de políticas de desarrollo y la obtención de tasas de crecimiento económico.

¹⁴⁵Valeriano García, *Para entender la economía política (y la política económica)*, (Distrito Federal, México, 2000), p. 49. Accesado el 30 de abril del 2018 <http://www.cemla.org/PDF/estudios/pub-lib-vg.pdf>

modificado entre sí, con este nuevo decreto se le dio unidad al marco normativo con el fin de facilitar su comprensión y aplicación. Por último, en el año 2010, la ley número 20.410 introdujo una serie de reformas a la ley de concesiones que serían aplicables a los nuevos concesionarios.

4.2.2 Ámbito de aplicación

El artículo primero de la ley dispone que será aplicable a la ejecución, reparación, conservación o explotación tanto de obras públicas fiscales así como de servicios públicos; la aplicación de la normativa de la presente ley se deberá aplicar en conjunto con lo dispuesto en el reglamento de la misma y especialmente con lo que se disponga en las bases de licitación del contrato de concesión.

4.2.3 Procedimiento

4.2.3.1 Proyectos de iniciativa privada

La Ley de Concesiones de Chile establece que cualquier persona natural o jurídica podrá postular ante el Ministerio de Obras la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión, a este órgano le corresponde resolver la calificación de las postulaciones en el plazo máximo de un año y en apego a lo dispuesto en el reglamento sin perjuicio de lo establecido en los planes de desarrollo comunal, siempre cuando estos existan. Asimismo, una vez aprobada la ejecución de la obra en concesión, esta deberá ser licitada dentro el plazo de un año.

Los requisitos que debe contener la presentación de la iniciativa privada se indican en el numeral 5 de la ley de concesiones¹⁴⁶, entre otros se encuentran los siguientes:

- 1) Descripción de las obras y del servicio que se prestaría en concesión.
- 2) Inversión presupuestada y costos de operación, incluyendo el porcentaje de varianza esperada en cada caso.
- 3) Análisis financiero a nivel de perfil.
- 4) Evaluación social a nivel de perfil incluyendo las alternativas no tarifadas que tenga el servicio que se propone.
- 5) Riesgo asociado a la iniciativa, entendido este como la complementariedad o competitividad de la iniciativa con los proyectos actualmente en estudio o ejecución, tanto por el MOP como por otros organismos públicos.
- 6) Condiciones económicas que podría tener el contrato de concesión tales como nivel tarifario, plazo de la concesión, pagos al Fisco o nivel de subsidio.
- 7) Análisis ambiental general orientado a la determinación de la necesidad de realizar una evaluación de Impacto Ambiental, según las normas contenidas en la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Cada uno de estos requisitos deben de presentarse con la debidamente fundamentados, con la fuente que dio origen a la información.

Una vez presentado el proyecto el Ministerio de Obras procederá a su evaluación¹⁴⁷, primero es importante que se determine si existe interés público para esto el Ministerio cuenta con la posibilidad de consultar los antecedentes con el Ministerio de Hacienda, MIDEPLAN u otros ministerios u organismos públicos

¹⁴⁶ Decreto 900 Texto refundido de la Ley de Concesiones de Obra Pública del 18 de diciembre de 1996, Artículo 5.

¹⁴⁷ Ley de concesiones de Chile, Artículo 6.

competentes. El resultado del análisis de la existencia o no de interés público le será comunicado al postulante 45 días después de presentado el proyecto o de completa la información si fuese el caso.

El oficio de respuesta, en que el MOP le comunica al postulante que existe, en principio, interés público en la idea presentada contendrá, a lo menos, lo siguiente:

- a) Estudios mínimos a entregar en la etapa de Proposición, su forma y especificaciones.
- b) Plazo para la entrega, en su caso, de los informes parciales y del informe final. El plazo para la entrega de este último no podrá exceder de 180 días.
- c) Designación de un inspector fiscal del proyecto que representará al Ministerio ante el postulante en esta etapa.
- d) Forma, cuantía y condiciones de la garantía de seriedad a que se refiere el N°3 del artículo 0 del presente Reglamento.

Una vez concluida esa etapa se pasa a la de proposición, en esta etapa el proyecto sigue perteneciendo al postulante el cual cuenta con 5 días desde la recepción del oficio de respuesta para solicitar, en caso de requerirlo, una ampliación del plazo de entrega de los estudios propuestos por el MOP, el plazo máximo es de hasta 180 días cuando fuere menor de hasta hasta 2 años mediante una solicitud formal dirigida al Director General de Obras Públicas, siempre que haya solicitado la ampliación en su Presentación.

Con el fin de garantizar que el postulante va cumplir con los estudios solicitados y en el plazo establecido, este debe de entregar una garantía de seriedad¹⁴⁸, la cual será devuelta dentro de los 30 días posteriores a la entrega de los estudios y en caso de que no se cumpla se ejecutará dicha garantía.

¹⁴⁸ La cuantía de la garantía será de 1.000 UF en 3 7 Coordinación de Concesiones de Obras Públicas los proyectos de Categoría A, 3.000 UF en los proyectos de Categoría B y 5.000 UF en los proyectos de Categoría C. El plazo de la misma deberá ser igual al de entrega de los estudios más 60 días.

Si transcurre el plazo señalado, y no se presenta la proposición, se entiende que el interesado desiste de su postulación por lo que esta podrá ser asumida por el MOP o bien quedará disponible para nuevas presentaciones.

Con respecto al reembolso de los estudios realizados¹⁴⁹, el Ministerio de Obras ofrecerá ya sea el reembolso de todo o solamente de una parte de los gastos en los que se haya incurrido para llevar a cabo los estudios. Para realizar dicho desembolsos el postulante deberá de un presupuesto del valor de los estudios mínimos y adicionales en el plazo que señalado por ley. El MOP reembolsará el total del costo de los estudios mínimos y adicionales, que debió realizar el postulante para su proposición, cuando el proyecto sea adjudicado de acuerdo con el procedimiento establecido en el Reglamento. Cuando el proyecto sea licitado por el sistema de concesión, el reembolso será de cargo del adjudicatario de la concesión.

Si la proposición es aceptada, el proyecto dejará de pertenecer al postulante y pasa a la titularidad del Ministerio de Obras Públicas, a cambio del premio en la evaluación de la oferta, aunque el postulante no se presente a la licitación de que se trate. En las bases de licitación se dejará constancia de la identidad del postulante y del premio a que este tiene derecho en la evaluación de la oferta.

Mientras que en caso de que se rechace la proposición, el proyecto se mantendrá como de propiedad del postulante hasta por un plazo de 3 años, periodo en el que no podrá ser objeto de licitación por concesión sin antes notificar dicha situación al mismo. El monto del premio al que tiene derecho el postulante se encuentra establecido en el artículo 10 del reglamento a la Ley de Concesiones.

¹⁴⁹ Ley de concesiones de Chile, Artículo 8.

Será menester que los proyectos aprobados para darse en concesión cuenten con un informe del organismo de planificación nacional, a fin de garantizar su viabilidad técnica económica así como su rentabilidad.

Ahora bien los proyectos de concesión de iniciativa privada presentan ciertas particularidades en el procedimiento de licitación las cuales se citan a continuación:

1.- La licitación de los proyectos de iniciativa privada se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido en el Título III del presente Reglamento.

2.- No obstante, el MOP podrá modificar dicho procedimiento en el sentido siguiente:

a) Una vez realizado el llamado a licitación el MOP podrá exigir al postulante o grupo en el que se incluya que, en el plazo determinado en las bases de licitación, entregue una oferta económica conforme al procedimiento señalado en las mismas. En todo caso el postulante deberá incluir en su presentación la garantía de seriedad de la oferta.

b) La Comisión de Apertura recibirá y abrirá, en el mismo acto, la oferta económica presentada.

c) Con una anticipación mínima de 60 días antes de la apertura de las ofertas a que se refiere el artículo 21° del presente Reglamento, el MOP dará a conocer el contenido de la oferta económica a todos los licitantes interesados en el proyecto, mediante publicación en algún diario de circulación nacional o mediante carta certificada, dirigida a todos los precalificados, en el caso de que el procedimiento se hubiera iniciado con precalificación de licitantes, a que se refiere el artículo 13° del presente Reglamento o a todos los que hayan comprado bases de licitación en el caso de que no haya habido precalificación.

d) La oferta económica del postulante será considerada como la oferta mínima de la licitación posterior, la que se llevará a cabo por el procedimiento establecido en el Título III del presente Reglamento y lo señalado en las bases de licitación.

e) A la licitación pública respectiva podrán acudir todos los licitantes que cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Concesiones, en el presente Reglamento y en las bases de licitación, incluido el postulante. Este último deberá presentar en este acto la misma oferta económica o una oferta que obtenga mejor puntaje de acuerdo con la fórmula establecida en las bases de licitación. En caso de no presentar dicha oferta, el MOP podrá hacer efectiva la garantía de seriedad a que se refiere la letra a) de este mismo numeral. Los demás licitantes solamente podrán presentar ofertas económicas que mejoren la oferta mínima publicada por el MOP.

4.2.3.1.1 Procedimiento de licitación establecido en la Ley de Concesiones

El procedimiento de licitación para la adjudicación de concesiones se regula en el capítulo III de la Ley 20410, lo primero que se establece es que las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales y a ellas podrán presentarse personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que cumplan los requisitos.

El artículo 6 bis contempla la posibilidad de una etapa de precalificación, de los postulantes. El numeral séptimo de la ley enumera una serie de factores que se podrán tomar en cuenta al momento de realizar la base de licitación, entre los cuales se encuentran la estructura tarifaria, el plazo de la concesión, los ingresos garantizados por el Estado, fórmulas de reajuste de tarifas, entre otros. El texto del mismo artículo hace la aclaración de que no es necesario que se incluyan todos los elementos o factores presentes en la lista, sino que dependerá del tipo de proyecto del que se esté tratando y serán establecidos por el Ministerio de Obras Públicas.

El concesionario deberá, una vez adjudicado el proyecto, crear una sociedad bien de nacionalidad chilena o bien agencia de la extranjera a fin de que se celebre el contrato con dicha sociedad, asimismo deberá acudir ante un Notario Público para suscribir tres transcripciones del decreto supremo de adjudicación como señal de aceptación, mismas que deberán ser protocolizadas.

Una vez que el contrato sea adjudicado, se publicará un decreto supremo en el Diario Oficial, el documento deberá ir firmado por el Ministro de Obras Públicas.

4.2.4 Criterios de selección

El artículo 6 bis contempla la posibilidad de una etapa de precalificación, la cual tiene por objeto verificar el cumplimiento de aspectos jurídicos por parte de los participantes, así como su capacidad financiera o técnica y experiencia previa en el desarrollo de otras obras. Incluso se permite la inclusión de otro tipo de requisitos cuando se trate de proyectos multifuncionales como la construcción y operación de hospitales, carreteras etc.

Se faculta al Ministerio Público que realice estudios a fin de determinar la idoneidad de los postulantes, siendo que los precalificados deberán concurrir en partes iguales en el financiamiento de dichos estudios. Una vez que se adjudique la licitación, el adjudicatario deberá reintegrar a los demás precalificados el monto que ellos invirtieron.

El numeral séptimo de la ley enlista una serie de factores que se podrán tomar en cuenta al momento de realizar la base de licitación, entre los cuales se encuentran la estructura tarifaria, el plazo de la concesión, los ingresos garantizados por el Estado, fórmulas de reajuste de tarifas, entre otros. El texto del mismo artículo hace la aclaración de que no es necesario que se incluyan todos los elementos o factores presentes en la lista, sino que dependerá del tipo de proyecto del que se esté tratando y serán establecidos por el Ministerio de Obras Públicas.

4.2.5 Distribución de riesgos:

En este apartado es importante recordar que los riesgos en un proyecto de colaboración entre el sector público y privado deben de ser asignados aquel sujeto que se encuentre mejor preparado para afrontarlo y mitigarlo. En el caso de Chile el artículo 22.2 de la Ley 20410 se establece que:

“Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroque el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación.”

Durante la etapa de construcción el concesionario debe tener presentes riesgos como el de diseño el cual podría llevar a incurrir en sobrecostos, los riesgos geológicos propios del terreno en que se construirá la obra, los riesgos del tipo medio ambiental, entre otros.¹⁵⁰ Del artículo citado en el párrafo anterior se puede deducir que durante la etapa de construcción la totalidad de los riesgos es asumida por el concesionario.¹⁵¹ No obstante, los fallos dictados por tribunales arbitrales han demostrado que no es así, y que el Estado también asume riesgos en esta etapa por ejemplo con respecto a lograr adquirir todos los terrenos necesarios para poder llevar a cabo la concesión; es decir, los procesos expropiatorios son entera responsabilidad de Estado¹⁵²

¹⁵⁰Jorge Hayal, *Contratos de Concesiones de Obras Públicas: El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra*, (Santiago, Chile, 2016), p. 139. Accesado el 24 de abril del 2018. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129791/Contratos-de-concesiones-de-obras-p%C3%BAblicas.pdf;sequence=1>

¹⁵¹Ibid, p 142.

¹⁵²Ibid, p 143.

En un estudio realizado por El Programa para el Impulso de las Asociaciones Público Privadas en los Estados Mexicanos, se determinó que por lo general en los contratos de concesión que realiza el Estado chileno el riesgo de ingresos es asumido en forma conjunta por el concesionario y el concesionado aplicando mecanismo como el de garantía de ingresos mínimos¹⁵³

Mientras que el riesgo de mantenimiento y explotación por lo general es asumido íntegramente por la empresa concesionaria. Durante esta etapa se pueden presentar riesgos como el de administración que se relaciona con la variabilidad de la rentabilidad del proyecto respecto de la que los concesionarios esperan, el riesgo de de la presión social siendo que el descontento con el monto de las tarifas es el principal en los usuarios, los riesgos de catástrofe siendo que se debe garantizar la continuidad del servicio y el Estado transfirió esta responsabilidad al concesionario, por último podemos mencionar el riesgo de evasión el cual por lo general adopta dos vertientes: riesgo de cobro y riesgo de flujo. ¹⁵⁴

Riesgos asociados a la regulación y legislación relacionada con las concesiones es asumida por el Estado ya que es quien tiene control sobre este aspecto. Por último los riesgos financieros son compartidas por los dos sujetos, por lo general el Estado incluye garantías con el fin de facilitar la obtención de financiamiento a la concesionaria.¹⁵⁵

4.2.6 Derechos y obligaciones

El capítulo sexto de la ley de concesiones de Chile regula los derechos y obligaciones del concesionario, como primera obligación se establece que *el concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con*

¹⁵³Julio Toro Cepeda, Óp. Cit., p, 148.

¹⁵⁴Jorge Hayal, Óp. Cit., p. 143

¹⁵⁵Julio Toro Cepeda, Óp. Cit., p, 132.

arreglo a las normas del derecho público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato. Igualmente, deberá cumplir las normas que regulan la actividad dada en concesión.

¹⁵⁶ Además el concesionario tiene el deber de velar por la perfecta aplicación de las normas y reglamentos sobre uso y conservación de las obras que le fueron dadas en concesión.

El concesionario también tiene el deber de es la de presentar al Ministerio de Obras Públicas, mensualmente, información sobre los pagos realizados a los contratistas, cabe mencionar que dicha información será publicada en el sitio web del Ministerio. Además los contratistas de la concesionaria deberán estar inscritos en los Registros de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas.

El artículo 23 por su parte regula las obligaciones que tiene el concesionario durante la fase de explotación al establecer que el régimen jurídico será el siguiente:

- 1.- El concesionario deberá conservar las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, y*
- 2.- La continuidad de la prestación del servicio le obligará, especialmente, a: a) Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de las obras, salvo que la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o de urgente reparación, y b) Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales, debidas a caso fortuito o fuerza mayor, cuyos efectos serán calificados por los contratantes, conviniendo las medidas que sean necesarias para lograr la más rápida y eficiente reanudación del servicio. El valor de las obras será acordado entre los contratantes y, a falta de*

¹⁵⁶Ley de concesiones de Chile, Artículo 21.

acuerdo, las partes podrán recurrir a un peritaje, que determinará, ajustándose a lo que indiquen las bases de licitación, la calificación, medidas o evaluación, según el caso. Las partes concurrirán al pago del precio según los términos del contrato de concesión.

Mientras que respecto a los derechos del concesionario se establece que este podrá realizar cualquier operación lícita, como lo puede ser dar en prenda el contrato o los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión. Y desde que se perfeccione el concesionario podrá transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria.

4.2.7 Retribución económica

El numeral 11 dispone que la única compensación económica que el adjudicatario recibirá a raíz del servicio prestado será el precio, tarifa o subsidios convenidos, así como cualquier otro tipo de beneficio siempre y cuando este se haya estipulado en el contrato.

Los subsidios cumplen con dos objetivos el primero de ellos es asegurar al concesionario la recuperación de la inversión efectuada, estos son los subsidios que consisten en que si el concesionario no alcanza el ingreso establecido el faltante corre por cuenta del Ministerio de Obras Públicas¹⁵⁷. Y el segundo es servir como complemento de las tarifas, precios o peajes que correspondan percibir al concesionario durante la explotación de la obra o servicio.¹⁵⁸

¹⁵⁷Jorge Hayal, Óp. Cit., Esta garantía además la capacidad de la concesionaria para obtener financiamiento pues logra reducir la incertidumbre asociada a “proyecciones de demanda”

¹⁵⁸Juan Carlos Flores Rivas, *Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho Chileno. El caso de la concesión de obra pública*, (Valparaíso, Chile, 2011). Accedido el 30 de abril del 2018 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n37/a08.pdf>

Mientras que las tarifas consisten en la contraprestación del servicio prestado por la empresa concesionaria, así empresa concesionaria puede cobrar dicha tarifa a los usuarios del servicio.¹⁵⁹

4.2.8 Fiscalización:

De conformidad con el artículo sexto de la Constitución Política de Chile el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.¹⁶⁰ De dicho artículo es el fundamento del control que puede ejercer el Estado sobre las sociedades concesionarias.

La fiscalización de los contratos de concesión, que realice el Estado, se regula en el capítulo VIII de la Ley de Concesiones, esta le corresponde ejecutarla al Ministerio de Obras Públicas.

Con el fin de poder verificar la buena marcha de la concesión y que el concesionario efectivamente está cumpliendo con las obligaciones, el Ministerio de Obras Públicas cuenta con el derecho de requerir la entrega de la información de los subcontratos que hayan sido celebrado para la ejecución de la obra y la prestación del servicio, e información cierta relativa a su contabilidad, gestión empresarial y sistemas de atención a usuarios.

¹⁵⁹Carolina Pozo Fuentes, *La responsabilidad patrimonial de las sociedades concesionarias y de la administración del Estado frente al usuario lesionado en carreteras concesionadas* (Santiago, Chile, 2014), p. 178. Accesado el 1 de mayo del 2018. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116978/de-pozo_c.pdf?sequence=1113

¹⁶⁰ Constitución Política de la República de Chile.

En caso de que el concesionario presente un atraso en la entrega de la información o presente datos inexacto y no fidedignos se le impondrá la correspondiente sanción; para comprobar la veracidad de la información recibida, el Ministerio podrá requerir que el concesionario que lleve a cabo auditorías, las cuales serían realizadas por un auditor que el Ministerio previamente apruebe.

El concesionario deberá informar al Ministerio de Obras Públicas de cualquier hecho que afecte o pueda afectar el normal desarrollo de las obras, o bien la correcta prestación del servicio conforme con los niveles de servicio establecidos. La infracción de esta obligación será sancionada con las multas establecidas en el reglamento.

Los mecanismos de control contemplados en los contratos de concesión entienden al control como la potestad de dirección y el control de la gestión del concesionario, que involucran a su vez el cumplimiento de la legislación laboral, ambiental y urbanística.¹⁶¹

4.2.9 Terminación del contrato

En el artículo 27° del decreto 900, dictado por el Ministerio de Obras Públicas se establecen como causales que darán por terminado el contrato las siguientes:

1.- Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere,

2.- Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario. El Ministerio solo podrá concurrir al acuerdo si los acreedores que tengan

¹⁶¹ Ernesto Manríquez Mendoza, *El Principio de Control Administrativo en el contrato de Concesión de Obra Pública*, (Santiago, Chile, 2010), accesado el 25 de abril del 2018. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111611/de-Manriquez_ernesto.PDF?sequence=1

constituida a su favor la prenda establecida en el artículo 43 consintieren en alzarla o aceptaren previamente, y por escrito, dicha extinción anticipada;

3.- Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y

4.- Las que se estipulen en las bases de licitación.

Como se puede inferir, el artículo de cita regula tanto las causas normales de terminación del contrato, es decir el cumplimiento del plazo, como las anormales que se establecen en los puntos 2, 3 y 4.

El hecho de que el contrato únicamente se pueda extinguir por dichas causales además de otorgar seguridad jurídica al concesionario, protege la continua prestación del servicio público en resguardando de la satisfacción de necesidades de la población.¹⁶²

Ahora bien respecto a la terminación anticipada del contrato el artículo 28 de la Ley de Concesiones de Chile indica que:

La terminación anticipada de la concesión hará exigibles los créditos garantizados con la prenda establecida en el artículo 43, los que se harán efectivos sobre la indemnización recibida por el concesionario con preferencia a cualquier otro crédito.

*La terminación anticipada del contrato de concesión será oponible a los terceros que contraten con la sociedad concesionaria, desde la publicación del decreto supremo en el Diario Oficial.*¹⁶³

¹⁶²Cynthia Martinic Jara, *Terminación Unilateral del Contrato de Concesión de Obra Pública. Análisis del Artículo 28 Ter Ley 20.410*. (Santiago, Chile, 2015). Accesado el 28 de abril del 2018. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/132595/Terminaci%C3%B3n-unilateral-del-contrato-de-concesi%C3%B3n-de-obra-p%C3%BAblica.pdf?sequence=1>

¹⁶³ Íbid

Cuando se pretenda terminar el contrato por el incumplimiento grave de las obligaciones adquiridas por el concesionario, la solicitud de esa finalización deberá de ser realizada por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Arbitral señalando en cual cláusula contractual se fundamenta. Si se declara el incumplimiento del contrato el Ministerio de Obras Públicas debe proceder a designar un interventor de la concesión con las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión.¹⁶⁴

Mientras que en el artículo 28 se establece la posibilidad de que el Presidente de la República podrá poner término anticipado a la concesión. Lo anterior por razones de interés público¹⁶⁵, cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra. Cabe mencionar que esta potestad únicamente podrá ejercerse durante la etapa de construcción.

Ante la terminación anticipada del contrato en forma unilateral el concesionario tendrá derecho a una indemnización, el monto de esta será fijado por acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, y aprobado por el Ministerio de Hacienda.

Como una forma de resguardar la buena fe de los particulares que invierten en concesiones, la ley también establece que cuando correspondiere, el Ministerio de Obras Públicas, determinará si el proyecto reformulado será nuevamente entregado

¹⁶⁴Julio Toro Cepeda, Óp. Cit., p, 48.

¹⁶⁵Según Escola el interés público, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen también un interés propio y directo.

en concesión o ejecutado, sí se decide entregarlo nuevamente deberá hacerse dentro de los tres años siguientes a la fecha del término anticipado y el proyecto reformulado deberá entregarse en concesión mediante licitación pública; toda vez que si la Administración pudiese extraer directamente el proyecto del ámbito privado, se podría utilizar este mecanismo como puerta de entrada a financiamientos oportunistas y parciales, disueltos a conveniencia por la Administración.¹⁶⁶

4.2.10 Resolución de conflictos

Uno de los aspectos más importantes que posicionan a Chile como el país de Latinoamérica y el Caribe con el mejor entorno para el desarrollo de APPs es el mecanismo que se ha adoptado para la resolución de conflictos ya que, el sistema de Chile, incluye un panel de arbitraje que le permite a las partes zanjar disputas antes de llegar a una corte y resuelve desacuerdos con velocidad y eficiencia razonables.¹⁶⁷

Este mecanismo de resolución de conflictos se encuentra regulado en el capítulo X de la Ley 20410. Como parte de este sistema de resolución de controversias se encuentran el panel técnico y la comisión arbitral, por lo cual se procederá a explicar la conformación, y el tipo de controversias que resuelve cada uno de estos.

¹⁶⁶Cynthia Martic Jara, Óp. Cit., p. 27.

¹⁶⁷Banco Interamericano de Desarrollo, Óp. Cit., p. 72.

4.2.10.1 Panel técnico

Los paneles técnicos son una etapa pre-arbitral, por lo que se exime de los inconvenientes propios de los arbitrajes así como de los litigios, lo que da como resultado que las disputas se resuelven de formas más inmediata. Con este panel se pretende solucionar de forma temprana las controversias que se produzcan durante la ejecución de un contrato, evitando que, por su acumulación, se conviertan en complejos y costosos conflictos que pongan en riesgo la terminación de la obra.¹⁶⁸

De conformidad con el artículo 36 de la Ley 20 410:

“Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas. El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos.”

Cabe mencionar que de conformidad con la ley de cita dicha recomendación no tendrá carácter vinculante¹⁶⁹ para las partes, por lo que el concesionario seguirá contando con el derecho para presentar una acción sobre la misma controversia ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, estos tribunales para el dictado de su sentencia podrán tomar en consideración lo resuelto en la recomendación por el panel técnico.

¹⁶⁸ Cabe resaltar que por la inmediatez con la que se resuelve la controversia este sistema de resolución también genera un mayor costo económico.

¹⁶⁹ Esta es una consecuencia de la falta de jurisdicción del Panel y la consecuente carencia del efecto de cosa juzgada de la recomendación técnica.

Con respecto a la composición del panel este *estará integrado sólo por profesionales expertos en materia técnica o económica de las concesiones de obras públicas que además, hayan destacado profesional o académicamente en dichas materias.*¹⁷⁰

Las controversias que pueden someterse a conocimiento del panel pueden versar sobre las siguientes situaciones:

- 1.- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.
- 2.- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.
- 3.- La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter.
- 4.- La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales.
- 5.- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.
- 6.- Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley.

¹⁷⁰ César Barrales Betancourt, *Sistema de Concesiones de Obras Públicas, Solución de Conflictos e Introducción de los Dispute Boards o Paneles de Expertos*, (Santiago, Chile, 2012), accesado el 27 de abril del 2018 http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112750/de-barrales_c.pdf?sequence=1

La ley también establece la forma en que será financiado el panel técnico, ya que se dispone el Ministerio de Obras Públicas financiará los gastos de administración y funcionamiento del Panel Técnico y la mitad del monto de los honorarios de sus integrantes, la otra mitad será solventada por los concesionarios regidos por esta ley, según la prorrata definida en el reglamento. Utilizar este sistema de resolución de controversias durante el contrato fluctúa entre un 0,04% a un 0,51% del costo total del contrato.¹⁷¹

4.2.10.2 Comisión arbitral

*La Comisión Arbitral fue instituida como tal con la dictación del Decreto Supremo Número 900 del año 1991, pero la reforma introducida por la Ley 20.410 modificó de forma sustancial elementos fundamentales de ella, tales como su composición o su funcionamiento.*¹⁷²

Ahora bien, de conformidad con el artículo 36 bis, cuando las controversias versen sobre la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, estas podrán ser llevadas ante una Comisión Arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los aspectos técnicos o económicos de una controversia pueden ser llevados ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones únicamente si de previo la controversia fue conocida por el panel técnico y se cuenta con la recomendación de este.

¹⁷¹ Harry Arkin, *Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, where is it, and Why?*, (Denver, United States, 1993), p.375.

¹⁷² César Barrales Betancourt, Óp. Cit.

Esta comisión estará integrada por 3 profesionales, dos de los cuales mínimo dos deberán de ser abogados, el nombramiento de los miembros de la Comisión Arbitral se realizará por mutuo acuerdo entre las partes.

Quienes resulten electos como miembros de la Comisión Arbitral permanecerán en el cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión, lo anterior con el fin de favorecer la previsibilidad de sus decisiones. No obstante, podrán ser reemplazados de común acuerdo, cuando ello sea necesario o se estime conveniente, o a solicitud de cualquiera de las partes, por una sola vez, esto siempre y cuando hubieren pasado más de tres años desde la fecha de su nombramiento y en ese momento no estuvieren conociendo de una reclamación.

La remuneración de la Comisión Arbitral correrá por cuenta del Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, en partes iguales.

Sometido un asunto a su conocimiento y hasta antes de la citación para oír sentencia, la Comisión podrá llamar a conciliación, de oficio o a solicitud de alguna de las partes, y proponer, oralmente o por escrito, bases de arreglo dentro de los 30 días corridos siguientes a aquél en que se notifique la resolución que llama a conciliación.

*La Comisión podrá determinar las normas de procedimiento que estime convenientes, haciendo la salvedad de que existen normas mínimas que deben establecerse, referidas a aquellas que regulan la audiencia de partes y la recepción de la prueba y antecedentes aportados por las partes*¹⁷³. La ley establece que la comisión arbitral deberá apreciar la prueba de conformidad con la sana crítica¹⁷⁴ y admitiendo los medios de prueba que se

¹⁷³ César Barrales Betancourt, Óp. Cit., p. 114.

¹⁷⁴ Según la jurisprudencia chilena la `sana crítica', es aquella que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconseja la razón y el criterio racional, puesto en juicio. De acuerdo con su acepción gramatical puede decirse que es el analizar sinceramente y sin malicia las opiniones expuestas acerca de cualquier asunto (Budinich con Cerda (1996) p. 76.)

establecen en el artículo 341 del Código de Procedimientos Civiles de Chile¹⁷⁵ y cualquier otro medio, indicio o antecedente que estime como apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

La sentencia definitiva que dicte la comisión arbitral no será susceptible de recurso alguno, y dicha comisión cuenta con un plazo de 60 días hábiles desde que se cite a las partes al efecto, para dictar la sentencia la cual deberá anunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas que han sido base para tomar la decisión.

En caso que se optare por recurrir ante la Corte de Apelaciones, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley N° 18.840.¹⁷⁶

¹⁷⁵ De conformidad con el Art. 341 del Código Civil de Procedimientos de Chile, los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: instrumentos, testigos, confesión de parte; inspección personal del tribunal, informes de peritos y presunciones.

¹⁷⁶ Artículo 69.- De los acuerdos, reglamentos, resoluciones, órdenes o instrucciones que el Banco dicte en el ejercicio de las facultades establecidas en los artículos 34, 35, 36, 58 y 61 y, en el párrafo octavo del Título III, que se estimen ilegales, podrá reclamarse por el interesado ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conocerá en sala, en la forma y condiciones que se señalan en el presente Título.

El plazo para interponer la reclamación será de quince días hábiles contado desde la fecha de notificación del acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción que se reclama.

Al interponerse el recurso, deberá acompañarse boleta de consignación, a la orden del tribunal, por el equivalente al uno por ciento del monto total de la operación o del perjuicio que se reclama. Para el cálculo de este porcentaje, se empleará el valor que resulte mayor. En todo caso, el monto máximo de la consignación no podrá ser superior a seiscientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 70.- El reclamante señalará en su escrito, con precisión, la ley que supone infringida, la forma en que se ha producido la infracción, las razones por las cuales el acuerdo, reglamento, resolución, orden o instrucción le perjudican y el monto en que estima el perjuicio.

El tribunal podrá declarar inadmisibile el recurso si el escrito no cumple con las condiciones señaladas en el inciso precedente o no se hubiere efectuado la consignación en la forma indicada en el artículo anterior.

Artículo 71.- Si la Corte de Apelaciones admitiere a tramitación el reclamo, dará traslado de él por diez días hábiles al Banco.

Evacuado el traslado por el Banco o acusada la rebeldía, la Corte dispondrá, si lo estima procedente, la apertura de un término de prueba, el cual no podrá exceder de quince días hábiles, y dictará sentencia, en cuenta o previa vista de la causa, en el término de 30 días, la cual será apelable en el plazo de cinco días hábiles para ante la Corte Suprema, recurso que se verá sin esperar la comparecencia de las partes, en cuenta o trayendo los autos en relación.

El concesionario podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la Comisión Arbitral desde que se encuentre constituida de conformidad con el artículo 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Además cabe mencionar que la Comisión Arbitral no podrá autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a sesenta días.

Otro de los casos en que se da la intervención de la Comisión Arbitral es cuando el concesionario abandone o interrumpa la obra de manera injustificada, el Ministerio de Obras Públicas deberá solicitar a la comisión que declare dicho abandono para así poder proceder al nombramiento de un interventor. En estos casos la comisión cuenta con un plazo de 3 días para resolver la controversia, los cuales podrá prorrogar únicamente una vez por 3 días más y bajo una decisión debidamente fundamentada.¹⁷⁷

4.2.11 Comparación con el marco jurídico de Costa Rica

La primera diferencia que se procederá a señalar en esta comparación es con respecto al ámbito de aplicación establecido en ambas leyes de concesión, ya que en el caso de nuestro país se establecen varias restricciones o casos de excepción para este tipo de contratos de colaboración entre el sector público y el privado a diferencia del marco normativo chileno en el que la Ley regula la ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales. Un ejemplo de las excepciones que se establecen en nuestro país la podemos encontrar en el artículo 2 de la Ley 7762, Ley de Concesiones la cual exceptúa de su aplicación las telecomunicaciones, la electricidad y los servicios de salud.

¹⁷⁷ Artículo 37.

Mientras que una restricción la encontramos en el mismo numeral, en la cual se restringe la posibilidad de llevar a cabo una concesión en los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, limitándose a la construcción o ampliación de obras, más negando la opción de dar en concesión las obras ya existentes.

Con respecto al procedimiento para llevar a cabo la selección del contratista y la adjudicación del contrato, en ambos países se utiliza la licitación pública proceso que se regula en Leyes aparte de aquellas que regulan las diversas formas de APPs, en Costa Rica con la Ley General de Contratación Administrativa y en Colombia con el Estatuto de Compras.

En lo que respecta al procedimiento en los proyectos de iniciativa privada, a pesar de que el procedimiento es sumamente similar en ambos países, se detectan algunas diferencias por ejemplo en cuanto a la titularidad del proyecto, en Chile la normativa es clara en señalar que en la etapa de proposición la titularidad del proyecto continua siendo del postulante, mientras que en nuestro país el marco normativo establece que el proponente no gozará de derechos de exclusividad sobre la idea de concesionar ni sobre los documentos de carácter general presentados durante la etapa de postulación, si no hasta que esta es aceptada por la Administración.

Además en Chile cuando la propuesta es rechazada se establece un plazo de 3 años en los cuales ese proyecto no podrá ser objeto de licitación por concesión sin antes notificar dicha situación al mismo, con el objeto que pueda concurrir a la licitación y optar al premio que le corresponda en la evaluación de su oferta; aspecto que es regulado de forma distinta en nuestro país ya que se estipula que, la Administración no podrá utilizar los estudios presentados por el proponente para convocar a una licitación pública, es decir, no se establece un plazo prudencial para que el proyecto presentado no sea objeto de concesión, ni la obligación de notificar al proponente de esto para que pueda optar por el premio que le corresponda. Por

su parte en nuestro país se indica que de presentarse esta situación, el proponente podrá exigir la reparación de los daños y perjuicios. Además el rechazo de las proposiciones da la opción de que se presenten recursos de revocatoria y apelación, aspecto que no es mencionado en la Ley de Concesiones de Chile ni su respectivo reglamento. Otro aspecto que vale la pena mencionar es que en Chile se da la posibilidad de que el proyecto sea presentado por una persona física, mientras que en nuestro país únicamente jurídica.

Sobre los criterios de selección del adjudicatario también se aprecian algunas diferencias, para empezar la Legislación chilena regula de forma más amplia el sistema de precalificación estableciendo las etapas de este sistema y que tipo de requisitos podrán exigirse. Dicho sistema si bien es también permitido en nuestro país lo único que se menciona al respecto lo encontramos en Decreto Ejecutivo 27098 el cual dispone que *cuando la administración concedente lo estime oportuno, en la decisión inicial, podrá disponer que el proceso de licitación se realice previa etapa de precalificación para evaluar la experiencia técnica, financiera y de disponibilidad de los oferentes.*

Además en Chile también se dispone que las bases de precalificación podrán contemplar un procedimiento y un tiempo para que los precalificados propongan al Ministerio de Obras Públicas las mejoras, adiciones o ajustes que estimen conveniente incluir en el diseño del proyecto definitivo, mediante presentaciones que tendrán carácter público; aspecto que tampoco es regulado en nuestro país. Aunado a lo anterior la lista de los criterios de selección del adjudicatario es más amplia en la Ley de Chile que en las regulaciones de nuestro país.

Sobre la distribución de riesgos, en ambos países se estipula que esta debe quedar clara en el contrato, no obstante, la ley chilena dispone que durante la fase de construcción las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario.

La retribución económica en ambos cuerpos normativos corresponde el precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados.

En el caso chileno la fiscalización es ejecutada por el Ministerio de Obras Públicas, mientras que en nuestro país de conformidad con la ley de concesiones la lleva a cabo la administración concedente, cabe mencionar que en el decreto de contratos de colaboración público privada de nuestro país no se regula nada al respecto.

Con respecto a las causas para la terminación anticipada del contrato en ambos países se regula la posibilidad de que sea por interés público, en Chile esta potestad podrá ejercerse únicamente en la etapa de construcción, mientras que en nuestro país también se puede dar en la de ejecución.

Además la normativa de Chile delimita más a qué se refiere cuando se indica que puede darse por terminado el contrato por razones de interés público que es cuando un cambio de circunstancias hiciere innecesaria la obra o servicio para la satisfacción de las necesidades públicas, o demandare su rediseño o complementación de tal modo que las inversiones adicionales necesarias para adecuar la obra a las nuevas condiciones superen el veinticinco por ciento del presupuesto oficial de la obra; mientras que en nuestro país el término queda abierto por esta razón y la indicada en el párrafo anterior se le brinda menos claridad a los inversionistas privados respecto a esta posibilidad de resolución del contrato.

Ahora bien la principal diferencia que se detecta del marco normativo que regula las asociaciones públicos privadas en Chile con el marco normativo de Costa Rica, es en cuanto al sistema de resolución de controversias, ya que como se explicó en los apartados anteriores en Chile la ley establece la existencia tanto de un Panel Técnico como de una Comisión Arbitral, cabe mencionar que este cambio en la forma de resolución de conflictos fue introducida en Chile en el año 2010 con la Ley 20410 y ha generado una forma más eficiente de resolución de conflictos. En la memoria del Panel Técnico del año 2014, su presidente, Erwin Stagno, sostiene que la institucionalidad se ha fortalecido con la presencia de este, ya que su actividad impulsa una mejor gestión de los contratos.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Memoria del panel técnico.

Capítulo V Propuesta de regulación legal de las Asociaciones Público Privadas en Costa Rica

5.1 Lecciones aprendidas

Con el fin de poder brindar una propuesta, para la mejora del marco regulatorio de las APPs en el país, que logre potenciar la utilización de esta figura; se realizará un breve análisis de dos de las experiencias que ha tenido Costa Rica en los contratos de colaboración entre el sector público y privado, identificando así áreas de mejora para futuras relaciones de asociación entre ambos sectores.

Cabe mencionar que al igual que en nuestro país, a nivel internacional no todas las experiencias con APPs han sido exitosas, pero se rescata que a pesar de esas experiencias un tanto negativas países como Chile y Colombia no optaron por abandonar la figura sino más bien por detectar los errores y fortalecerse por ejemplo con marcos normativos más robustos como es el caso de Colombia, país que ocupa uno de los primeros lugares en el uso de esta figura a nivel Latinoamericano¹⁷⁹.

Los dos proyectos seleccionados para realizar el presente análisis corresponden al corredor San José-San Ramón y a la ruta San José-Caldera.

¹⁷⁹ Academia de Centroamérica, *La Infraestructura Vial en Costa Rica: desafíos y oportunidades para las Asociaciones Público Privadas*, (San José, Costa Rica 2017), accesado el 15 de abril del 2018. <https://www.academiaca.or.cr/wp-content/uploads/2017/12/PV-04-17.pdf>

5.1.1 San José-Caldera

Según el cartel de licitación de del proyecto de construcción de la Carretera San José – Caldera esta era una pieza fundamental en la estrategia de desarrollo del país que permitirá un crecimiento sostenible del turismo y un fácil trasiego de las importaciones y las exportaciones que utilizan el Puerto Caldera en el Pacífico Central por lo que el objetivo de dicha licitación consistía en dar en concesión la prestación de servicios de diseño, planificación, financiamiento, construcción, rehabilitación, ampliación, reparación, mantenimiento y conservación de la carretera San José - Caldera y de las áreas de servicios básicos, servicios especiales y de los servicios complementarios, así como su operación y explotación.

En el año 2000 fueron recibidas las ofertas para participar en dicha licitación, por lo que en el año 2001 se suscribió el contrato de concesión entre el Consejo Nacional de Concesiones y COVISA S.A; no obstante no fue hasta el año 2004 en el que se dio la orden de inicio de la construcción, ya que en los años posteriores se realizaron mediante addendum una serie de modificaciones al contrato, en ese mismo año el concesionario manifestó el incumplimiento de la Administración en la entrega de expropiaciones, por lo que solicitó finiquitar la relación contractual.¹⁸⁰

Cabe resaltar que el contrato de concesión establecía lo siguiente:

“El Concesionario no será responsable por retrasos en la ejecución de las obras, producto de inconvenientes causados por el retraso del Estado en concluir con las expropiaciones previstas. Si se produjeran esos retrasos, la Administración Concedente deberá indemnizar al Concesionario todos los daños y perjuicios que

¹⁸⁰ Banco de Desarrollo de América Latina. *Asociación Público Privada en América Latina: Aprendiendo de la Experiencia.* (2015)

se le produjeran, aplicando las disposiciones contractuales para el restablecimiento del equilibrio financiero. Para estos efectos los daños y perjuicios serán considerados en los términos, Y, I, y C de las fórmulas respectivas.”

Además, antes de que la empresa COVISA S.A solicitara el finiquito del contrato ya la Contraloría General de la República ya había manifestado su preocupación por que el avance en los trámites correspondientes a las expropiaciones no se realizara de manera diligente. Ya que al 25 de junio del 2004 aún existían 17 terrenos pendientes de expropiar, por lo que el Estado no podía disponer de dichas propiedades.¹⁸¹

Por lo que de dicha experiencia se pueden detectar áreas de mejora con respecto al proceso de expropiación, ya que la legislación vigente para ejecutar las expropiaciones necesarias para llevar a cabo la construcción no permitió que estas se hicieran de forma ágil y eficiente, generando así retrasos para el inicio de la obra ya una vez adjudicada.¹⁸² Lo anterior debió haberse previsto y el Estado, en caso de no encontrar la forma de agilizar los trámites, debería haber optado por no licitar la concesión hasta que no estuviesen avanzados o incluso finalizados los procesos expropiatorios.

Otro de los aspectos que se puede decir que presentó fallos en este proyecto fue la etapa de planificación, cabe recordar que desde que se recibieron las ofertas hasta el 2008 en que se inició la construcción de la obra pasaron 8 años, por lo que los planos del proyecto que eran de 1998 para esa fecha ya no se adaptaban a las especificaciones y estándares exigidos en materia de seguridad, durabilidad y

¹⁸¹ Contraloría General de la República, *Informe sobre los resultados del estudio referente a la fiscalización del período de transición del proyecto de concesión de obra pública con servicios públicos de la carretera San José-Caldera.*

¹⁸² Academia de Centroamérica, Óp. Cit.,

servicio por lo que se realizaron nuevos estudios, incrementando las obras iniciales en más de un 60 por ciento respecto a la estimación que se fijó en el contrato de concesión inicial¹⁸³

No obstante también se obtuvieron importantes logros con esta concesión tales como el modelo financiero utilizado, el cual fue merecedor del premio Latin America PPP Deal of the Year 2007, otorgado por la revista EuroMoney.

5.1.2 Ruta San José- San Ramón

De acuerdo con el cartel de licitación las obras por realizar con este proyecto correspondían a la ampliación, rehabilitación y mejoramiento de la autopista General Cañas, el tramo de la carretera Bernardo Soto comprendido entre el Aeropuerto Juan Santamaría y el río Poás, el tramo entre río Poás y San Ramón y por último la construcción y mantenimiento de la nueva radial Panasonic, entre río Segundo y San Antonio.

En este proyecto aunque se conocía que realizar un proceso de precalificación resultaría recomendable para efectuar un primer filtro en el cual se determinara cuales oferentes contaban con la capacidad técnica y económica para llevar a cabo la ejecución del proyecto se optó por no utilizarlo y más bien utilizar un sistema de elegibilidad en el mismo cartel de la licitación.¹⁸⁴

Es de interés mencionar que solamente se presentó un único oferente, lo cual más adelante en esta propuesta podría llevar a reflexionar sobre por qué el inversionista privado ve tan poco atractivo participar en este tipo de contratos.

¹⁸³Ibid.

¹⁸⁴ Banco de Desarrollo de América Latina. *Asociación Público Privada en América Latina: Aprendiendo de la Experiencia.* (2015)

En teoría el 03 de mayo del 2006 se debería de dar inicio al proceso de construcción, no obstante, al no contarse con el cumplimiento de ciertas condiciones precedentes tales como contar con los terrenos necesarios, debido a que habían surgido algunas dificultades en los procesos de expropiación (es decir se repiten los errores del pasado) no fue factible dar la orden de inicio en ese plazo por lo que se decidió atrasar el inicio de la obra.

Luego de esto se dio otra prórroga a la orden de inicio por persistir la falta de cumplimiento de las condiciones precedentes necesarias ante esta situación, el concesionario Autopistas del Valle S.A, reclamó a la Administración un monto de USD 53.869.490,23 por el retraso en el inicio de la construcción de la obra con respecto al plazo previsto, alegando que dicha situación había provocado el desequilibrio económico-financiero del contrato de concesión.

Ante la serie de condiciones que impedían llevar a cabo el contrato en el año 2012, Autopistas del Valle S.A., previa autorización de la Administración cedió el contrato a la empresa Vial Valle Central S.A., la cual solicitó la renegociación del contrato para establecer el reequilibrio económico-financiero.

Por realizar esta cesión la empresa Autopistas del Valle S.A no tuvo que cancelar ninguna multa a la Administración. Se puede inferir que la gestión de riesgos en este caso se estima que fue deficiente por lo que se dificultó la puesta en marcha del proyecto.

5.2 Propuesta para la mejora del marco regulatorio de las APPs

Como se desarrolló en los apartados anteriores, actualmente en nuestro país existe una Ley para los contratos de concesión, no obstante, esta no resulta suficiente ya que *si bien se puede considerar la concesión de obra pública y concesión de obra pública con servicio público como uno de los varios tipos de APP que se pueden encontrar, notamos una primera limitación para la aplicación extensiva de esta norma a otros modelos de APP.*¹⁸⁵ Es decir, aun y cuando la figura de la concesión es considerada una forma de APP, en nuestro país el ambiente social para la utilización de la misma no es el más óptimo, principalmente a raíz de los casos de corrupción que se han asociado a esta figura; inclusive se ha mencionado que, por diversas particularidades, hablar de Alianza Público Privada (APP) genera una reacción positiva, contrario a mencionar la palabra Concesión.¹⁸⁶

Se ha mencionado en repetidas ocasiones a lo largo de la presente investigación, que la inversión en infraestructura es vital para el desarrollo de los pueblos, y va de la mano con temas tales como el adecuado reparto de la riqueza y la satisfacción general del interés público. En cuanto a la importancia de un marco jurídico sólido para la atracción de inversión extranjera en general se ha indicado que *la confianza en la competitividad y la seguridad jurídica de un país, son condiciones sine qua non para incentivar la entrada de capitales.*¹⁸⁷

¹⁸⁵ Carlos Roberto Galva Brizuela, *Formas alternativas de estructuración financiero-legal para el desarrollo de infraestructura hospitalaria en Costa Rica: Participación de un fondo privado mediante una asociación público-privada vía Joint Venture*, (San José, Costa Rica, 2011), p.112. Accesado el 14 de abril del 2018.

<http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Formas-alternativas-de-estructuracion-financiero-legal-para-el-desarrollo-de-infraestructura-hospitalaria.pdf>

¹⁸⁶ Federico Villalobos, *Es concesión lo mismo que alianza público-privada* (San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 1 de mayo del 2018. <http://federicovillalobos.com/blog/2017/4/21/es-concesin-lo-mismo-que-app>

¹⁸⁷ Rolando Laclé, *Disputa por la IED exige fortalecer la seguridad jurídica del país*, (San José, Costa Rica, 2015), accesado el 19 de mayo del 2018 <https://www.elfinancierocr.com/opinion/disputa-por-la-ied-exige-fortalecer-la-seguridad-juridica-del-pais/lX5P2EUZWVHMHADZ6JBMDZBYU/story/>

Es decir, nuestro país requiere contar con instrumentos legales sólidos que proporcionen a los posibles inversores la estabilidad y respaldo necesarios para llevar a cabo contra

En cuanto al Reglamento que regula los contratos de colaboración entre el sector público y privado, dicho reglamento presenta vacíos o dudas que se hace necesario solventar para potenciar el mayor uso de estas figuras.

Primeramente el reglamento en su ámbito de aplicación indica que cubre a la administración pública en general, no obstante no se hace ninguna mención especial a aquellos bienes públicos cuyo régimen jurídico requiera la concurrencia del poder ejecutivo tales como los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales.

Inclusive se ha cuestionado si dicho reglamento realmente encaja en lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa ya que este dispone que mediante reglamento se podría definir cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esa Ley; no obstante en el decreto no se regla ningún tipo de contrato en específico, por el contrario, en la definición brindada por el reglamento como contrato de colaboración público privada caben una multiplicidad de figuras contractuales tales como BOT, BOOT, ROOT, DBFO. En síntesis *no hay una definición de un “tipo contractual”, sino una puntualización de algunas líneas generales de relaciones contractuales que, entonces, siguen siendo atípicas.*¹⁸⁸

¹⁸⁸Aldo Milano, *Dudas sobre el reglamento para la colaboración público-privada*, (San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 1 de mayo del 2018 <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/dudas-sobre-el-reglamento-para-la-colaboracion-publico-privada/MV6LDVAE7VCMRAO3R64A3OWVPU/story/>

Ahora otro aspecto que genera controversia es el hecho de que en el artículo 16 del reglamento en cuestión se indica lo siguiente:

“Artículo 16.-Aspectos ambientales. La Administración deberá dar cumplimiento a los requisitos asociados a cuestiones ambientales, de conformidad con lo dispuesto por la normativa legal y reglamentaria en esa materia, según lo dispongan las autoridades competentes.

La Administración podrá asignar la responsabilidad de este cumplimiento al contratista colaborador, según se estime más conveniente, en el cartel y en el contrato respectivo.

En este caso el cartel y el contrato deberán especificar la distribución de riesgos y el tratamiento de las consecuencias con respecto de eventuales atrasos o improbaciones por parte de las autoridades competentes.

Además de lo anterior de lo anterior se considera esencial regular las APPs mediante una ley y no un reglamento.”

Respecto a la parte subrayada en el artículo de cita, se podría entender que es posible adjudicar un contrato sin contar de previo con la obtención de la viabilidad ambiental, cuando lo más adecuado por el bien del negocio es contar con este de previo ya que de otra forma se correría el riesgo de que una vez adjudicado se determine que resulta inviable ambientalmente¹⁸⁹.

¹⁸⁹Aldo Milano, Óp. Cit.

Otro de las regulaciones de las que carece el reglamento en cuestión es una norma que regule la resolución de conflictos, para así lograr hacer el contrato más atractivo a los inversionistas quienes tendrían la certeza de que en caso de que se de un conflicto, este tendría una solución más inmediata que sometiendolo a los tribunales comunes.

Del análisis de derecho comparado realizado en esta investigación se ha determinado que se pueden adoptar algunas buenas prácticas existentes en Colombia y Chile. Por su parte Chile cuenta con una alternativa muy ágil para la resolución de conflictos como lo es el Panel Técnico el cual se instaura durante toda la ejecución del contrato para poder resolver de forma rápida cualquier controversia que se presente. Por lo que se considera que Costa Rica podría optar por utilizar una forma de resolución de conflictos similar a la desarrolla en esta investigación en el apartado de resolución de conflictos de Chile.

Asimismo, el reglamento no contempla la posibilidad de que se presenten proyectos de iniciativa privada, supuesto que sí es regulado tanto en Chile como en Colombia e inclusive en nuestro país para las concesiones.

Por lo que se considera de suma importancia desarrollar la normativa correspondiente al respecto para generar mayor seguridad jurídica, regulando por ejemplo la compensación o premio que recibiría el privado que haya presentado algún proyecto de iniciativa privada y que este haya sido aceptado por la Administración; se propone utilizar para las APPs la misma metodología existente para los contratos de concesión, pero introduciendo algunos aspectos que le generen más seguridad al inversor privado tales como los existentes en la normativa Chilena.

Cabe mencionar que en el año 2017 mediante la Ley N° 9462 se reforma la Ley de expropiaciones, para acortar los plazos, lo cual resulta ser un punto a favor para un desarrollo más eficiente de APPs, ya que como se explicó anteriormente en esta investigación la dificultad para expropiar terrenos por parte del Estado ha constituido uno de los principales obstáculos para la ejecución de este tipo de contratos.

Cabe mencionar además que sobre el Consejo Nacional de Concesiones se ha manifestado que entre *aspectos más relevantes que no contribuyen al proceso de la concesión tienen que ver con una legislación que limita el accionar del Consejo al no considerar el tema de la participación o asociación público privada como un mecanismo más general que la concesión para atraer inversión en infraestructura*¹⁹⁰. Por lo que se considera de importancia ampliar las potestades de dicho consejo para que abarque las distintas formas de asociación público privada y no únicamente de la concesión.

Otro de los aspectos que se consideran de importancia en el análisis realizado es la jerarquía de las normas, pues siendo que la regulación existente en nuestro país sobre APP's está contenida en un reglamento y este se coloca jerárquicamente por debajo de las leyes, es propicio formular una ley que dote de mayor estabilidad y respaldo a la figura, a fin de crear un ambiente más favorecedor para la atracción de inversión en obras públicas, al respecto se ha manifestado que *la particularidad del reglamento es precisamente el ser una norma secundaria y complementaria, a la vez, de la ley cuya esencia es su carácter soberano (sólo limitada por la propia Constitución), en la creación del Derecho. Como bien lo resalta la más calificada doctrina del Derecho Administrativo, la sumisión del reglamento a la ley es absoluta, en varios sentidos: no se produce más que en los ámbitos que la ley le deja, no puede intentar dejar sin efecto los preceptos legales o contradecirlos, no puede suplir a la ley produciendo un determinado efecto no querido por el legislador o*

¹⁹⁰ Contraloría General de la República, *Informe de Fiscalización DFOE-OP-01 del 2009*).

*regular un cierto contenido no contemplado en la norma que se reglamenta*¹⁹¹. Es decir, si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de regular vía reglamentaria distintos ámbitos de interés, tratándose de una materia tan sensible como lo es la contratación con la Administración y siendo que lo que se requiere principalmente es la atracción de capital privado, es preciso contar con un cuerpo normativo sólido que dote de seguridad jurídica a todo el procedimiento.

Por los motivos expuestos anteriormente y ante la complejidad de los negocios que se constituyen a través de una APP se considera de importancia la emisión de una ley, por lo que utilizando como base el texto del actual reglamento para los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, y el análisis de derecho comparado realizado en la presente investigación, se hace la siguiente propuesta:

¹⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 0243 del 19 de enero de 1993.*

5.3 Proyecto de ley

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Considerando

1°-Que considerada la trascendencia de la infraestructura pública en materia de derechos humanos, específicamente en lo relativo al derecho al desarrollo de los pueblos, así expresado mediante Sentencia 2794 del 8 de abril del 2003 por la Sala Constitucional, es menester estatal procurar el óptimo desarrollo del país promoviendo el bienestar de todos los habitantes y un adecuado reparto de la riqueza, según lo dispone el numeral 50 de nuestra Carta Magna.

2. Que nuestro país enfrenta un importante rezago en infraestructura pública cuya atención supera la capacidad presupuestaria y de gestión directa del Estado y sus instituciones, por lo que es indispensable involucrar al sector privado, en actividades tales como, la formulación de proyectos, diseños, financiamiento, desarrollo, ejecución, explotación, operación y mantenimiento de la infraestructura pública.

3. Que el sector privado se constituye como un aliado para aliviar el rezago en obra pública por el cual atraviesa Costa Rica desde hace varias décadas, pudiendo ser este un socio clave para actividades tales como, la formulación de proyectos, diseños, financiamiento, desarrollo, ejecución, explotación, operación y mantenimiento de la infraestructura pública.

4. Que la figura contractual de la colaboración o asociación público privada está contemplada en ordenamientos jurídicos administrativos de otros países. Se trata de un tipo contractual mediante el cual la Administración involucra a un sujeto privado en el financiamiento, desarrollo y explotación de la infraestructura pública. Desde esta perspectiva, este nuevo tipo contractual pretende ser una opción para el desarrollo de infraestructura por parte de los entes y órganos públicos, que se suma y no pretende desplazar en forma alguna a otros tipos contractuales preexistentes en la legislación nacional, como es el caso de los contratos de concesión de obra pública con o sin servicios públicos, que tienen sus propias características y régimen legal diferenciado.

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1-Cobertura. La presente ley es de aplicación a 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.

Cuando en la presente ley se utilice el término "Administración", se entenderá que se refiere a cualquiera de los sujetos destinatarios de sus regulaciones señalados en el párrafo anterior.

El Poder Ejecutivo, en los términos previstos en el párrafo segundo del artículo 21 de la Ley General de la Administración Pública, deberá concurrir a la suscripción de los contratos de colaboración público privada, cuando estos se relacionen con bienes públicos cuyo régimen constitucional y legal así lo requiera.

Artículo 2- Definición y objeto. Son contratos de Asociación público privada aquellos en que la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, la realización de alguna de las siguientes prestaciones:

a) En el caso de infraestructura nueva: La construcción, ampliación, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

Esto incluye la participación del colaborador en las distintas fases, incluyendo el diseño, según se establezca en el cartel y contrato respectivos.

b) En el caso de infraestructura existente: la modernización de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos existentes, lo que incluye tanto su mejora, reparación, ampliación, la construcción de obras complementarias, la operación, mantenimiento, explotación o su gestión que permitan la competitividad, productividad y nivel de servicio adecuados para los intereses públicos. Esto incluye la participación del colaborador en las distintas fases, incluyendo el diseño, según se establezca en el cartel y en el contrato respectivos.

Artículo 3.- Distribución de riesgos.

La Administración y el contratista colaborador participarán en los resultados de la ejecución en los términos que se establezcan en el respectivo cartel y en el contrato de acuerdo con la asignación de riesgos establecida.

En los contratos de colaboración público privada deberá existir asignación de riesgos al contratista colaborador. Corresponderá al cartel y al contrato establecer la

distribución y asignación de los riesgos tomando en cuenta cual parte posee mayor capacidad para mitigar el riesgo, según sea el caso.

Artículo 4-Titularidad de bienes y servicios. Para el cumplimiento de los objetivos del proyecto respectivo, los contratos de colaboración público privada podrán incluir bienes de naturaleza privada y pública.

La titularidad de los bienes públicos involucrados en los contratos de colaboración público privada, le corresponderá en todo momento a la Administración.

Los contratos de colaboración público privada no son, por lo tanto, un medio para la transferencia al sector privado de la titularidad de los bienes públicos. La imposición de gravámenes sobre los bienes públicos en ocasión del contrato de colaboración público privada estará limitada a los supuestos que se prevean en el cartel y el contrato respectivos, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

El cartel y el contrato regularán el régimen aplicable a los bienes de naturaleza privada y los que adquiera el contratista colaborador con el propósito de dar cumplimiento al objeto contractual, así como las disposiciones relativas a su traspaso definitivo al patrimonio público cuando así se determine. Para lo anterior, la Administración deberá definir contractualmente a quién corresponderá la titularidad de las obras por realizar, según las competencias legales asignadas.

Los bienes de naturaleza privada del contratista colaborador o de terceros que se relacionen con el objeto del contrato de colaboración público privada podrán garantizar, de ser necesario, las operaciones financieras requeridas para su adquisición o para la ejecución del contrato de colaboración público privada, aunque el contratista colaborador será responsable ante la Administración por las

afectaciones que esta medida cause al servicio objeto del contrato de colaboración público privada respectivo, si las hubiese.

Artículo 5.-Retribución económica. En los contratos de colaboración público privada la contraprestación estará ligada al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que se definan en cartel y el contrato respectivos.

Entre las modalidades de contraprestación que podrán ser utilizadas en los contratos de colaboración público privada, están el pago de contrapartidas por parte de la Administración durante el plazo del contrato, el pago mediante ingresos generados directamente por actividades comerciales habilitadas por el contrato, precios pagados por los usuarios, cuando así lo permita el ordenamiento jurídico en cada caso específico, o bien la participación en las tarifas por servicios públicos regulados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, esto último según lo dispuesto en el artículo siguiente.

La Administración podrá recurrir cuando ello resulte necesario, entre otras figuras financieras permitidas por el ordenamiento jurídico, a la figura del fideicomiso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa.

El uso de tales figuras contractuales tendrá un carácter estrictamente instrumental para garantizar la ejecución del proyecto.

Artículo 6.-Reglas especiales en servicios públicos regulados. Cuando en el contrato de colaboración público privada se encuentre involucrado un servicio público regulado, la Administración contratante mantendrá, en todo momento, la titularidad de dicho servicio y responderá ante terceros por su prestación, sin perjuicio de la responsabilidad contractual frente a la Administración en que incurra

el contratista colaborador por el incumplimiento de sus obligaciones. El contratista colaborador responderá ante terceros por los servicios comerciales accesorios que se le encarguen como parte del objeto contractual.

En los casos en que la fuente de retribución del contratista provenga del cobro de tarifas sometidas al régimen regulatorio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el contratista no será el titular de la tarifa sino que tendrá la participación porcentual definida en el contrato correspondiente. Por lo tanto, la Administración será la encargada de realizar los trámites ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, sin perjuicio de la participación, cuando convenga, del contratista colaborador. No obstante, el contratista podrá llevar a cabo el cobro ante el usuario a nombre de la Administración.

Con el propósito de brindar seguridad jurídica al régimen económico del contrato, de previo a la publicación del cartel respectivo, la Administración titular solicitará a la ARESEP la definición de las normas técnicas que serán aplicadas a los servicios públicos objeto del contrato.

Para el cumplimiento de sus funciones en la aplicación de lo dispuesto en este artículo, la ARESEP tendrá las potestades, observará los procedimientos, cumplirá las obligaciones y tendrá los derechos que le confiere la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos y sus reformas, N° 7593 de 09 de agosto de 1996. Frente a ella, las sociedades anónimas de propósito específico, a que se refiere el artículo xx de la presente ley, tendrán las mismas obligaciones, relativas al suministro de información que la ARESEP requiera en el ámbito de sus competencias para los regulados o prestadores del servicio público. No obstante, de conformidad con esta ley el titular del servicio público regulado y por lo tanto quien deberá hacer los trámites ante la ARESEP será la Administración respectiva.

La Administración titular no incorporará obligaciones adicionales en el contrato relacionadas con ARESEP, que no estén reguladas en la Ley N° 7593 y en este Reglamento, sin consentimiento previo de esta.

Artículo 7.- Plazo del contrato. Salvo que se defina de otra forma por las especiales características del contrato de Asociación público privada, el cartel y el contrato respectivos definirán el plazo contractual en función del modelo de negocio que se prevea. El plazo podrá prorrogarse por motivos de conveniencia e interés público debidamente acreditados por la Administración. Sin embargo, el plazo total máximo de los contratos de colaboración público privada, incluyendo las prórrogas acordadas por las partes en cada caso, no podrá excederse de cincuenta años. El plazo se computará a partir de la fecha de inicio en los términos definidos en el contrato respectivo.

Artículo 8.-Financiamiento. El nivel máximo de endeudamiento y la participación mínima del capital social de la sociedad referida en el artículo 19 en el esquema de financiamiento que podrá utilizar el contratista colaborador, se fijará en el cartel y contrato respectivos, según la naturaleza de las inversiones y las condiciones vigentes en los mercados financieros nacionales e internacionales. No podrá preverse un esquema de financiamiento que excluya la participación de capital social por parte del contratista colaborador.

Corresponde únicamente al contratista colaborador asumir la responsabilidad de obtener el financiamiento respectivo. Por lo tanto, las operaciones de crédito o de endeudamiento que obtenga el contratista colaborador son de naturaleza privada.

En el cartel y el contrato se podrán establecer mecanismos que contribuyan a mejorar las perspectivas del financiamiento del proyecto, siempre que no se

transfiera a la Administración la responsabilidad señalada en el párrafo anterior, tales como:

a) Mecanismos de garantía tales como fideicomisos de garantía o garantías mobiliarias sobre los flujos esperados del proyecto, sobre las acciones de la sociedad conformada para la suscripción del contrato según lo previsto en este reglamento.

En el caso de ejecución de dichas garantías, y en relación con la venta de acciones y cesión del contrato, se estará a lo dispuesto en el contrato, en este reglamento y en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

b) La suscripción de acuerdos directos con los acreedores del contratista colaborador, con la finalidad de reconocer el alcance de los derechos de información de los acreedores y de la existencia de los mecanismos de garantía previstos en el párrafo anterior. En ningún modo estos acuerdos directos podrán ser utilizados como un mecanismo para transferir a la Administración la responsabilidad por el financiamiento.

c) Esquemas de ingresos mínimos garantizados, cumpliendo con las aprobaciones requeridas en el ordenamiento jurídico como pasivo contingente y dentro de los límites estrictamente justificados y que respondan a requerimientos típicos de los mercados financieros nacionales e internacionales para el tipo de proyecto de que se trate. La aplicación de este tipo de esquemas, preferiblemente, deberá estar complementada con la participación de la Administración en los mayores beneficios que genere el proyecto de que se trate.

Artículo 9.-Equilibrio económico. El contratista colaborador tendrá derecho al equilibrio económico, sin que ese derecho releve al contratista de los riesgos que

le corresponden, según la distribución que se diseñe en el cartel, que sea aceptada por el contratista colaborador en su oferta y que se especifique en el contrato.

El cartel y el contrato dispondrán las causas de activación de los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico para lo que se podrán considerar mecanismos tales como el pago directo de la Administración, el aumento del plazo contractual dentro de los límites reglamentariamente dispuestos y el incremento de tarifas o de la participación que en ellas tenga el contratista colaborador, o una combinación de las anteriores, según el esquema de contraprestaciones del contrato respectivo.

Artículo 10.-Subcontratación. El contratista colaborador podrá subcontratar hasta un cincuenta por ciento del total del objeto contractual, sin requerir para ello la autorización de la Administración. La Administración podrá autorizar niveles mayores de subcontratación, ya sea desde el cartel o bien durante la fase de ejecución contractual, si así resulta pertinente desde la perspectiva de la naturaleza del proyecto.

La subcontratación no relevará al contratista colaborador de su responsabilidad por la ejecución total del objeto contractual. Asimismo, los subcontratistas estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

Artículo 11.-Cesión. La cesión de derechos y obligaciones del contrato se regirá por lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Artículo 12.-Supervisión. Durante la vigencia del contrato, la Administración Concedente deberá ejercer la supervisión del cumplimiento del contrato por parte del contratista colaborador. El cartel y el contrato dispondrán el esquema de multas y sanciones aplicables a los eventuales incumplimientos del contratista.

En el cartel y en el contrato la Administración podrá exigir el aporte del contratista colaborador para el financiamiento de las actividades de supervisión.

Para el desarrollo de las actividades de supervisión, la Administración podrá contratar los servicios de empresas o consultores especializados de conformidad con el régimen de contratación previsto en la Ley de Contratación Administrativa, sin perjuicio de los regímenes especiales de contratación existentes para determinados entes y órganos públicos según el ordenamiento jurídico.

Artículo 13.-Contenido mínimo del contrato. Los contratos de colaboración público privada contendrán como mínimo las siguientes menciones, sin perjuicio de las referidas en otros artículos de este Reglamento:

- a) La identificación de las partes.
- b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.
- c) Definición del objeto del contrato.
- d) Referencia a la legislación aplicable al contrato.
- e) La enumeración de los documentos que integran el contrato.
- f) El precio.
- g) El plazo.
- h) La distribución de los riesgos.
- i) Las reglas de reequilibrio económico.
- j) Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
- k) Mecanismos y condiciones de pago.
- l) Indicadores de desempeño del contratista colaborador y de productos/resultados del proyecto.
- m) Las obligaciones de las partes en materia ambiental.
- n) Esquema de aseguramiento.

- o) Los supuestos en que procede la resolución y las reglas de indemnización.
- p) Procedimiento de resolución de conflictos.

El proyecto de contrato de colaboración público privada será incorporado dentro del cartel de licitación.

Artículo 14.-Causas de terminación anticipada del contrato. El contrato de colaboración público privada podrá terminar anticipadamente por las siguientes causas:

- a) El incumplimiento grave por parte del contratista según lo disponga el contrato respectivo.
- b) La declaración de quiebra del contratista colaborador.
- c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista colaborador.
- d) Las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.
- e) Las contempladas por la Ley de Contratación Administrativa.
- f) Cuando por motivos de interés público, la Administración acuerde el rescate de la prestación de los servicios contratados con el contratista colaborador, todo con apego al debido proceso. En dichos casos, el rescate podrá incluir los bienes de naturaleza privada que forman parte del servicio objeto del contrato.

En caso de que la terminación anticipada sea imputable a la Administración, esta reconocerá los daños y perjuicios causados y por los cuales deba imputar responsabilidad.

Artículo 15.-Modificaciones. Los contratos de colaboración público privada estarán sujetos al principio constitucional de mutabilidad contractual y a las reglas de modificación previstas en la Ley de Contratación Administrativa y en su Reglamento.

Cuando la Administración acuerde modificaciones que afecten el equilibrio financiero del contrato, deberá compensar al contratista colaborador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de esta ley.

Capítulo II

Disposiciones sobre el Procedimiento de Selección

Artículo 16.-Actuaciones preparatorias y otros requerimientos previos

Además de los requisitos para el inicio del procedimiento dispuestos en el artículo 7 de la Ley de Contratación Administrativa, por la especial naturaleza de los contratos de colaboración público privada, deberá acreditarse en el expediente la existencia del estudio de pre inversión a nivel de factibilidad, que contenga la identificación del proyecto, análisis de mercado, análisis técnico, análisis ambiental, análisis legal y administrativo, evaluación financiera, análisis de costos (cuando el proyecto no genere ingresos), evaluación económica-social del proyecto y estudio de sociabilidad de la tarifa, cuando la hubiere. También deberá acreditarse en el expediente la existencia del estudio de viabilidad para el desarrollo del proyecto mediante contrato de colaboración público privada, en comparación con otras formas de financiamiento y de contratación administrativa.

Por otra parte, deberá contarse con el criterio previo positivo por parte de la Dirección de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, para la determinación de compromisos y contingencias fiscales, que deberá pronunciarse dentro del plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la presentación de la solicitud por parte de la Administración promovente. De no ser aprobada la valoración de los compromisos y contingencias fiscales, la Administración solicitante procederá a

efectuar los ajustes correspondientes dentro de los ocho días hábiles siguientes a la comunicación.

Asimismo, deberá cumplirse con las regulaciones procedimentales emitidas por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, el Comité Nacional de Inversión Pública (CONIP) y el Ministerio de Hacienda, según lo establezca la normativa emitida a los efectos por dichas instancias públicas y, según resulte aplicable a la Administración contratante. De no ser aprobada la valoración del Ministerio de Planificación Nacional, la Administración solicitante procederá a efectuar los ajustes correspondientes dentro de los ocho días hábiles siguientes a la comunicación.

La Administración contratante deberá custodiar el expediente administrativo donde consigne sus actuaciones, y dentro del cual, también, deberá resguardar una copia del contrato con el colaborador privado a fin de acreditar los compromisos y obligaciones tanto del contratista como de la propia Administración, de conformidad con los artículos 15 y 20 de la Ley N° 7494, "*Ley de Contratación Administrativa*" y 16 de la Ley N° 8292, "*Ley General de Control Interno*".

Artículo 17.-Procedimiento para la selección del contratista colaborador.

1.- El contratista colaborador será seleccionado de entre las ofertas elegibles, conforme con las reglas del cartel y, según el sistema establecido en las bases de la licitación, atendiendo a uno o más de los siguientes factores:

- a) El valor presente de los ingresos Asociación Público Privada.
- b) La tarifa.

- c) El plazo del contrato de Asociación Público Privada.
- d) El monto del subsidio estatal requerido por el oferente.
- e) Los pagos ofrecidos por el oferente al Estado.
- f) Los ingresos mínimos que el Estado garantizará.
- g) El puntaje obtenido en la calificación técnica.
- h) La propuesta de reducción de tarifas al usuario, reducción del plazo de la concesión o de los pagos extraordinarios al Estado, cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o los activos, definida en la forma que dispongan las bases de la licitación o el oferente, exceda de un porcentaje máximo predefinido. Esta variable únicamente podrá aplicarse en concursos donde se garantice un mínimo de ingresos para el concesionario, conforme al punto f) anterior.

2.- La aplicación de estos factores y su forma de calificación serán definidos en el cartel de licitación, en el cual podrán considerar uno o más de los factores señalados.

3.- En caso de empate en los parámetros de selección conforme a las reglas del cartel, la oferta costarricense ganará la licitación sobre la extranjera. Cuando el empate se produzca entre nacionales, ganará quien haya presentado primero la oferta.

Artículo 18-Ofertas en Consorcio. En los procedimientos para seleccionar al contratista colaborador podrán participar dos o más empresas reunidas en consorcio, a cuyo efecto deberán acreditar ante la Administración la existencia de un acuerdo consorcial, en el cual se regulen, al menos las obligaciones de las partes y los demás aspectos que la Administración requiera en el cartel respectivo, según las particularidades de cada proyecto.

La conformación del consorcio no implica la creación de una persona jurídica independiente para la presentación de la oferta. No obstante, en caso de resultar adjudicatario, en un plazo no mayor a tres meses contados a partir de la firmeza del acto de adjudicación, el consorcio deberá constituir la sociedad nacional a que se refiere el artículo siguiente.

Las partes en consorcio responderán solidariamente ante la Administración, por todas las consecuencias derivadas de su participación en el consorcio y de este en el contrato.

Artículo 19-Constitución de la sociedad anónima nacional. El adjudicatario estará obligado a constituir una sociedad anónima de propósito específico con quien será celebrado el contrato de colaboración público privada. Dicha sociedad será utilizada únicamente para la ejecución del contrato de colaboración público privada. El adjudicatario será responsable en forma solidaria por todo el plazo contractual con la sociedad anónima que se constituya. Dicha responsabilidad solidaria solo podrá ser relevada por medio de la cesión de derechos y obligaciones del contrato en los términos previstos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Artículo 20.- Recursos durante el procedimiento

Les será de aplicación el régimen recursivo establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

Artículo 21.- Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establece la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

Capítulo III. Sobre las resolución de conflictos

Artículo 22.- El contratista colaborador responderá de los daños, de cualquier naturaleza, que con motivo de la ejecución de la obra o de la explotación de la misma se ocasionaren a terceros, a menos que sean exclusivamente imputables a la Administración después de haber sido adjudicado el contrato.

Artículo 23.- Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas. El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia. La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas. La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral como un antecedente para la dictación de su sentencia. Podrán someterse a la consideración del Panel Técnico las discrepancias que se produzcan en relación con:

1.- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme con los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión.

2.- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción.

3.- La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos.

4.- La determinación de los efectos económicos de la realización de obras adicionales.

5.- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al socio privado, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos.

6.- Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de contrato de colaboración entre el sector público y privado tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley.

El Panel Técnico estará integrado por los siguientes profesionales, que deberán tener una destacada trayectoria profesional o académica, en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura, según el caso: dos abogados; dos ingenieros, y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. El reglamento establecerá las formalidades para su nombramiento.

Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de Asociación Público privada o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral. Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, solo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico. La Comisión Arbitral estará integrada por tres profesionales universitarios, de los

cuales al menos dos serán abogados y uno de estos la presidirá. El reglamento establecerá las formalidades para su nombramiento. La Comisión, en cuanto se designen sus integrantes y se constituya, deberá determinar el modo en que se le formularán las reclamaciones y el mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que emita, y dictará las demás normas de procedimiento que estime pertinentes.

Capítulo III Proyectos de iniciativa privada

Artículo 24.- Proyectos de iniciativa privada

1.- Los particulares podrán presentar a la respectiva administración concedente, sus propuestas de nuevas concesiones, las cuales para ser aceptadas y concesionadas requerirán:

a) Estar investidas de interés público.

b) Estar acompañadas de estudios de factibilidad técnica, ambiental y económica, y de un plan de construcción y explotación, según el caso.

2.- La administración concedente examinará las propuestas de concesión, y de considerarlas factibles, de interés público y acordes con el Plan Nacional de Desarrollo, procederá a concesionarlas en el plazo que esta establezca.

3.- El proponente privado de una idea de concesión participará en la licitación en los mismos términos y condiciones que otros particulares y será admitido de pleno derecho, cuando se efectúe la precalificación.

4) El proponente privado cuya iniciativa haya sido aceptada por la administración concedente, no estará inhibido de participar en la licitación pública, mediante los mecanismos autorizados por esta Ley, y tendrá el derecho de recuperar los costos invertidos directamente en el proyecto y en la preparación de los estudios solicitados por la administración, debidamente justificados ante la Secretaría Técnica, siempre y cuando el proyecto resulte ser adjudicado. El cartel de licitación deberá establecer el monto que el adjudicatario estará obligado a reintegrar al proponente privado, así como el plazo en que deberá hacerlo, en caso de que este no resulte adjudicado.

5) La administración definirá el procedimiento y los requisitos que exigirá y utilizará para tramitar y valorar los proyectos de concesión de iniciativa privada de acuerdo con los procedimientos reglamentarios dispuestos para la estimación de los costos de la propuesta, todo de conformidad con los peritajes realizados al efecto por la administración concedente y el artículo 16 de la presente Ley.

Capítulo VI. Fondo Nacional de Asociaciones Público Privadas.

Artículo 25.- Creación del Fondo Nacional de Asociaciones Público Privadas

Créase el Fondo Nacional de Asociaciones Público Privadas, como instrumento para el financiamiento de los programas del Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas. Los recursos de este fondo únicamente podrán utilizarse para cumplir los objetivos de la presente Ley. Dicho fondo estará sujeto a

las directrices del Ministerio de Hacienda; con cargo a él podrán pagarse los estudios de prefactibilidad y factibilidad de los proyectos, así como la adquisición o expropiación de bienes inmuebles o derechos necesarios para la construcción u operación de los proyectos.

Artículo 26.- Fuentes de financiamiento

1.- El fondo tendrá las siguientes fuentes de financiamiento:

a) La suma que el contratista colaborador debe pagar por la inspección y el control que ejerce la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas. La forma de fijar el monto se basará en criterios de servicio al costo, según los parámetros que para tal efecto establezca la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

b) Las donaciones nacionales e internacionales.

c) Las partidas presupuestarias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional y las transferencias que realicen tanto la Administración Pública central como la Administración Pública descentralizada y las empresas del Estado, estarán expresamente autorizadas por este artículo cuando dichas transferencias tengan por objeto proyectos de Asociación Público Privada legalmente relacionados con estas.

d) Las multas y garantías cobradas o ejecutadas a los contratistas colaboradores.

e) El reembolso de los estudios realizados por la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas, los que podrán ser exigidos al adjudicatario de la Asociación Público Privada, según se disponga en el cartel.

f) Los recursos que el Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas reciba, en condición de fideicomisario.

2.- El fondo estará bajo la supervisión de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de los mecanismos de control interno que disponga el reglamento de esta ley o acuerde el Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas.

Artículo 27-Refrendo. El refrendo de los contratos de colaboración público privada estarán sometidos las disposiciones reglamentarias que emita la Contraloría General de la República.

Artículo 28.- Deróguese los artículos del 06 al 14 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos Número 7762.

TRANSITORIO I.- A partir de la publicación de esta ley, en todas las disposiciones legales y reglamentarias existentes en lugar de Consejo Nacional de Concesiones deberá leerse "Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas ".

TRANSITORIO II.- Las funcionarias y los funcionarios del Consejo Nacional de Concesiones, a la entrada en vigencia de la presente ley, se trasladan de pleno derecho al Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas, conservando todos sus derechos.

TRANSITORIO III.- Todos los bienes muebles e inmuebles que pertenecen al Consejo Nacional de Concesiones, al momento de la publicación de esta ley, pasarán a formar parte del patrimonio del Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas.

TRANSITORIO V.- Los recursos patronales que a la fecha de vigencia de la presente ley se encuentren depositados en el fondo de cesantía que administra la Asociación Solidarista de Empleados del Consejo Nacional de Concesiones, se mantendrán íntegramente en el fondo de cesantía de la asociación solidarista que funcione en el Consejo Nacional de Asociaciones Público Privadas.

TRANSITORIO VI.- Se nombrará a la nueva junta hasta que a los cargos actuales se les venza su nombramiento.

Rige a partir de su publicación.

Conclusiones

1. Costa Rica se encuentra actualmente en medio de una crisis fiscal que imposibilita a la Administración a realizar las inversiones en obras públicas necesarias para cubrir los requerimientos del país, en materias tales como infraestructura vial, construcción de centros médicos, centros educativos, vivienda social y otros. Es por lo anterior que es preciso la incorporación de figuras jurídicas innovadoras que permitan, mediante la inversión del sector privado, dar satisfacción a las necesidades antes mencionadas.

2. A lo largo de la investigación se analizó la distinta normativa existente en el país respecto a contratación pública, lo cual nos hace arribar a la conclusión de que existe la regulación necesaria para temas específicos como lo son concesiones, sociedades públicas de economía mixta o gestión interesada, no obstante, se considera que dicha normativa no ha resultado ser suficiente en nuestro medio, ya sea porque sufre de vacíos legales o bien por un asunto más ideológico como ocurre con las concesiones, figura que se ha visto relacionada con temas de corrupción, hecho que genera un ambiente hostil en la sociedad civil para su utilización.

3. A partir del análisis de derecho comparado se determina la existencia de buenas prácticas en el medio colombiano y chileno, las cuales pueden ser adoptadas por nuestro país a fin de agilizar, fortalecer y potenciar la utilización de las APP's. Como ejemplo de lo anterior se incluyó en la propuesta de ley la adopción del Panel Técnico existente en Chile, con el objeto de dar una solución más expedita a las controversias suscitadas por las partes durante el desarrollo del proyecto.

4. Es requerido, a fin de dotar a la figura de APP's de unidad y seguridad jurídica, la creación de una ley, que recoja la esencia del reglamento 39965 y que incluya a su vez un mayor desarrollo en la regulación de la figura, con el objeto de llenar las lagunas existentes en el reglamento convirtiendo a este modelo contractual en una opción más

viable y atractiva para los inversores privados y la Administración, es por esto que en el desarrollo del último capítulo de la presente investigación se adjunta un proyecto de Ley de Asociaciones Público-Privadas que a nuestra consideración podría resultar un aporte valioso para sumar al desarrollo de la figura en nuestro país.

Bibliografía

Academia de Centroamérica, *La Infraestructura Vial en Costa Rica: desafíos y oportunidades para las Asociaciones Público Privadas*, (San José, Costa Rica 2017), accesado el 15 de abril del 2018. <https://www.academiaca.or.cr/wp-content/uploads/2017/12/PV-04-17.pdf>

Acosta Feoli, Maria Jose. *Sociedades públicas de economía mixta: una alianza público-privada para la inversión en obra pública*. (San José, Costa Rica. 2011) <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Sociedades-publica-de-economía-mixta.pdf>

Amega Holdings Inc. Costa Rica. Accesado el 22 de mayo del 2018. <http://www.amegaholdingsinc.com/costa-rica1.html>

Arenas de Mesa, Alberto. *Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina* (Santiago Chile, 2016) Accesado el 22 de febrero del 2018 http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40624/1/S1600733_es.pdf

Arkin, Harry. *Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, where is it, and Why?*, (Denver, United States, 1993).

Banco Interamericano de Desarrollo, *Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean - The 2017 Infrascope*, (New York, Estados Unidos. 2017) <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8662/Evaluating%20the%20environment%20for%20public-private%20partnerships%20in%20Latin%20America%20and%20the%20Caribbean%20-%20The%202017%20Infrascope.PDF?sequence=1&isAllowed=y>

Barrales Betancourt, César. *Sistema de Concesiones de Obras Públicas, Solución de Conflictos e Introducción de los Dispute Boards o Paneles de Expertos*, (Santiago, Chile, 2012), accesado el 27 de abril del 2018 http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112750/de-barrales_c.pdf?sequence=1

Baudrit Carrillo, Diego. *Importancia del Derecho Comparado: el perfeccionamiento del derecho interno como uno de sus fines principales*, (San José, Costa Rica:Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica No. 46,1982).

Boquera, José María. *Derecho Administrativo, Volumen I*, (Madrid, España. 1996).

Calafell, Jorge. *Teoría General de la Concesión.*” Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 26, (1996), accesado enero 18, 2017. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11299/10346>

Casa Presidencial, Comunicado de prensa *Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.* (San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 23 de abril del 2018 <https://presidencia.go.cr/gobierno-abierto/2017/11/proyecto-de-ley-ley-de-fortalecimiento-de-las-finanzas-publicas/>

Casa Presidencial Costa Rica, *Reglamento fortalece Alianzas Público-Privadas para impulsar obras y servicios públicos.* (San José, Costa Rica, 2016). accesado el 15 de marzo del 2017 <http://presidencia.go.cr/comunicados/2016/12/reglamento-fortalece-alianzas-publico-privadas-para-impulsar-obras-y-servicios-publicos/>

CEPAL. “*Asociaciones público-privadas como instrumento para fortalecer los objetivos del Proyecto Mesoamérica.*” San José, Costa Rica (2017).

Centro de Estudio de las Finanzas Públicas, *Las Asociaciones Público-Privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas.* (Ciudad de México, México. 2016) Accesado el 14 de enero del 2018 <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/junio/eecefp0032016.pdf>

Consejo Nacional de Concesiones, *Corredor vial San José-Caldera Ruta 27.* Accesado en 12 de marzo del 2018.

Contraloría General de la República. *Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Corrupción.*(San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 10 de marzo 2018 <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/enpc/percepcion.html>

Contraloría General de la República. *Curso de Normas Técnicas sobre Presupuesto Público* (San José, Costa Rica 2008)

Contraloría General de la República, *La licitación abreviada.* (San José, Costa Rica. 2016)

Contraloría General de la República. *Presupuestos públicos 2017 Situación y perspectivas* (San José Costa Rica, 2017). Accesado el 22 de abril del 2018 [.https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/presup_pub/2017/files/assets/downloads/publicacion.pdf](https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/rev_dig/presup_pub/2017/files/assets/downloads/publicacion.pdf)

D'Alolio Jimenez, Carlos. *Aplicación de la prescripción liberatoria a las categorías tributarias* (San José, Costa Rica, Escuela Judicial.) accesado 8 de enero, 2018.

Departamento Nacional de Planeación, *Asociaciones Público Privadas APP Constituyen un mecanismo de vinculación de capital privado para la construcción de infraestructura pública y sus servicios asociados.* (Bogotá, Colombia. 2017) Accesado el 14 de abril del 2018. <https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/asociaciones-publico-privadas.aspx>

Dromi, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo 1-2* (Buenos Aires, Argentina, 1987)

Espelt, Ramón (FOMIN). *Lecciones aprendidas y mejores prácticas en proyectos de asociación público privada*. (Madrid, España. 2015). Accesado el 15 de enero del 2018. http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/FOMIN_Lecciones_aprendidas-PPP-2015.pdf

Expediente Legislativo 11.344

Flores Rivas, Juan Carlos. *Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho Chileno. El caso de la concesión de obra pública*, (Valparaíso, Chile, 2011). Accesado el 30 de abril del 2018 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n37/a08.pdf>

Galva Brizuela, Carlos Roberto. *Formas alternativas de estructuración financiero-legal para el desarrollo de infraestructura hospitalaria en Costa Rica: Participación de un fondo privado mediante una asociación público-privada vía Joint Venture*, (San José, Costa Rica, 2011), p.112. Accesado el 14 de abril del 2018. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Formas-alternativas-de-estructuracion-financiero-legal-para-el-desarrollo-de-infraestructura-hospitalaria.pdf>

García, Valeriano. *Para entender la economía política (y la política económica)*, (Distrito Federal, México, 2000), p. 49. Accesado el 30 de abril del 2018 <http://www.cemla.org/PDF/estudios/pub-lib-vg.pdf>

Gordillo, Agustín. *Obra Pública y Contrato de Obra Pública, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas.* (Buenos Aires: FDA, 2015) accesado enero 20, 2017. http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca2.pdf

Hayal, Jorge. *Contratos de Concesiones de Obras Públicas: El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la obra*, (Santiago, Chile, 2016), p. 139. Accesado el 24 de abril del 2018. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129791/Contratos-de-concesiones-de-obras-p%C3%BAblicas.pdf;sequence=1>

Jinesta Lobo, Ernesto. *Constitución y contratación administrativa*. (San José, Costa Rica, 2006), 6. Accesado el 11 de setiembre del 2017. http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONSTITUCI%C3%93N%20Y%20CONTRATACI%C3%93N%20ADMINISTRATIVA.PDF

Jinesta Lobo, Ernesto. *Principios constitucionales que rigen a las Administraciones Públicas* (Ciudad de México, México. 2015), 116. Accesado el 19 de mayo del 2017. <http://www.ernestojinesta.com/>

Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General)* (San José, C.R.: Biblioteca Jurídica Dike, 2002)

Laclé, Rolando. *Disputa por la IED exige fortalecer la seguridad jurídica del país*, (San José, Costa Rica. 2015), accesado el 19 de mayo del 2018 <https://www.elfinancierocr.com/opinion/disputa-por-la-ied-exige-fortalecer-la-seguridad-juridica-del-pais/IX5P2EUZWVHMHADCZ6JBMDZBYU/story/>

López, Enrique. *“La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos”*. (San José, Costa Rica, 2012), p. 31-69

Manríquez Mendoza, Ernesto. *El Principio de Control Administrativo en el contrato de Concesión de Obra Pública*, (Santiago, Chile, 2010), accesado el 25 de abril del 2018. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111611/de-Manriquez_ernesto.PDF?sequence=1

Martinic Jara, Cynthia. *Terminación Unilateral del Contrato de Concesión de Obra Pública. Análisis del Artículo 28 Ter Ley 20.410*. (Santiago, Chile, 2015). Accesado el 28 de abril del 2018. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/132595/Terminaci%C3%B3n-unilateral-del-contrato-de-concesi%C3%B3n-de-obra-p%C3%BAblica.pdf?sequence=1>

Milano, Aldo. *Dudas sobre el reglamento para la colaboración público-privada*, (San José, Costa Rica, 2017). Accesado el 1 de mayo del 2018 <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/dudas-sobre-el-reglamento-para-la-colaboracion-publico-privada/MV6LDVAE7VCMRAO3R64A3OWVPU/story/>

Ministerio de Hacienda. *Análisis del comportamiento de los ingresos tributarios: Año 2016*. (San José Costa Rica, 2018) Accesado 17 de abril, 2018 http://www.hacienda.go.cr/docs/5ad76e72dbeef_ancomp2016.pdf

Ministerio de Hacienda, *Ley de Presupuesto Nacional en Costa Rica*. (San José, Costa Rica, 2017) Accesado el 25 de abril del 2018 http://www.hacienda.go.cr/docs/5a31aaa85eb6b_Folleto%20LEY%20Presupuesto%20Nacional%202018.pdf

Ministerio de Hacienda *Marco fiscal presupuestario de mediano plazo 2013-2018* (San José Costa Rica, 2013). Accesado el 20 de abril del 2018 http://www.hacienda.go.cr/docs/52224ab8cd313_MARCO%20PRESUPUESTARIO%20MEDIANO%20PLAZO%202013_2018.pdf

Ministerio de Hacienda. *Normas y criterios operativos para la utilización de los clasificadores presupuestarios del sector público* (San José, Costa Rica, 2008)

OECD. *Análisis de políticas fiscales de la OECD: Costa Rica 2017* (París Francia, 2017). Accesado el 22 de abril del 2018 https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/analisis-de-la-politica-fiscal-de-la-ocde-costa-rica-2017_9789264278608-es#page22

PIAPPEM, *Experiencia española en Concesiones y Asocioaciones Publico-Privadas para el desarrollo de infraestructuras publicas: marco general* (Madrid, España. 2009) Accesado el 14 de enero del 2018 <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/4888/Cap%C3%ADtulo%201.%20marco%20general%20.pdf?sequence=1>

Pozo Fuentes, Carolina. *La responsabilidad patrimonial de las sociedades concesionarias y de la administración del Estado frente al usuario lesionado en carreteras concesionadas* (Santiago, Chile, 2014), p. 178. Accesado el 1 de mayo del 2018. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116978/depozo_c.pdf?sequence=1113

Presidencia de la República Comunicados. *Presidente llama aprobar el plan fiscal*. Accesado el 17 de febrero del 2018 <https://presidencia.go.cr/comunicados/2016/03/presidente-llama-a-aprobar-el-plan-fiscal/>

Programa del Estado de la Nación. *Equidad e Integridad Social* (San José, Costa Rica, 2000).

Programa del Estado de la Nación. *Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible* (San José, Costa Rica, 2015).

Programa del Estado de la Nación. *Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible* (San José, Costa Rica, 2016).

Programa del Estado de la Nación. *Oportunidades, Estabilidad y Solvencia Económica* (San José, Costa Rica, 2017).

Rodríguez Garro, Fernando. *Reformas fiscales recientes: el caso de Costa Rica* (París Francia, 2017) Accesado el 14 de abril del 2018 <https://www.oecd.org/tax/global/Session-2-Costa%20Rica.pdf>

Sánchez, Jose Alfredo. *Documento de política de concesiones para Costa Rica* (San José, Costa Rica. 1997). Accesado el 18 de marzo del 2018 <http://www.incae.edu/es/clacds/publicaciones/pdf/cen244.pdf>

Soto Rodríguez, Mauricio. *Análisis de las finanzas públicas en Costa Rica: origen y estado de una crisis latente* (San José, Costa Rica 2017).

Toro Cepeda, Julio *Experiencia Chilena en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos, informe final*, (Santiago, Chile, 2009). Accesado el 28 de abril del 2018. <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/35797606.pdf>

Vargas Gallegos, Christian Andrés *Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los dispute boards o paneles de expertos* (Santiago, Chile, 2012)

Vargas Perez, Mateo. *Aproximación a las Asociaciones Público-Privadas en Colombia* (Medellín, Colombia. 2013), p. 28. <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5236/Una%252520aproximacion%252520a%252520las%252520asociaciones%252520publico%252520privadas.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Vergara Aguilera, Laura María, *El papel de las asociaciones público privadas -APP dentro de los contratos de concesión de obra*, (Bogotá, Colombia, 2016). Accesado el 21 de abril del 2018 <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2128/Vergaralaura2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Villalobos, Federico. *Es concesión lo mismo que alianza público-privada* (San José, Costa Rica, 2017). Accedido el 1 de mayo del 2018. <http://federicovillalobos.com/blog/2017/4/21/es-concesin-lo-mismo-que-app>

Villareal Salazar, Luis Mariano. *Los tipos abiertos en la Contratación administrativa y la adquisición de tecnologías de información en el Sector Público*. (San José, Costa Rica, 2014) <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Los-tipos-abiertos-en-la-Contrataci%C3%B3n-administrativa-y-la-adquisici%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-informaci%C3%B3n-en-el-Sector-P%C3%ABlico.pdf>

Jurisprudencia

Casa Presidencial, *consulta No. DVMP-AGZA-251-2016* (San José, Costa Rica, 2016)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *Radicación No. 76001-23 del 4 de diciembre del 2006*.

Contraloría General de la República. Criterio 8683 del 24 de julio de 2002.

Contraloría General de la República. *Resolución RC-CO-44-2007 del once de octubre del 2007*.

Contraloría General de la República. *Consulta DCA-0513 del 7 de marzo del 2017*.

Contraloría General de la República, *Informe DFOE-EC-0864*, 14 de diciembre del 2017.

Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia No. C-595 del 20 de agosto del 2014*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>

Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia No. C-932 del 2007*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-932-07.htm>

Procuraduría General de la Nación, *Radicación N° 120-2216-2006 del 12 de setiembre del 2008*.

Procuraduría General de la República. *Dictamen No.C-136-94*

Procuraduría General de la República. *Opinión Jurídica No. 027 del 25 de junio de 1997.*

Procuraduría General de la República. *Dictamen No. 281 del 14 de agosto del 2008.*

Procuraduría General de la República. *Opinión Jurídica No. 014 del 30 de enero del 2013.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 3789 del 27 de noviembre de 1992.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 0243 del 19 de enero de 1993.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 550 del 31 de enero de 1995.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 998 del 16 de febrero de 1995.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 5403, del 03 de octubre de 1995.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No.0998 del 16 de febrero de 1998.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 06432 del 04 de setiembre de 1998.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 11657 de 14 noviembre del 2001.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 2794 del 8 de marzo de 2003.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 10492 del 28 de setiembre del 2004.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No.5895 del 18 de mayo del 2005.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 11578 de octubre del 2005.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 11922 del 22 de agosto del 2007.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 7934 del 14 de junio del 2013.*

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 10492 del 28 de setiembre del 2014.*

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No.415 del 20 de marzo del 2014.*

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No. 01305 del 07 de diciembre del 2016.*

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Sentencia No.1173 del 14 de agosto del 2017.*

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I. *Sentencia No. 015-2016-I del 16 de febrero del 2016.*

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. *Sentencia No. 0035 del 14 de enero del 2009.*

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. *Sentencia 0153 del 06 de agosto del 2012.*

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. *Sentencia No. 00194 de 17 de noviembre del 2015.*

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV. *Sentencia No. 0032 del 18 de marzo del 2016.*

Normativa

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Decreto 2474 del 7 de julio del 2008.

Decreto 900 Texto refundido de la Ley de Concesiones de Obra Pública del 18 de diciembre de 1996.

Ley 80 del 28 de octubre de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

Ley 7762.Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

Ley 1508 del 10 de enero del 2012 Asociaciones Público Privadas, Colombia.

Reglamento 39965 Para los contratos de colaboración público privada.