



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, REFERENCIAS SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU -023-2020

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

**LEY NACIONAL PARA EL DESARROLLO, FOMENTO Y GESTIÓN
DE LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS**

EXPEDIENTE Nº 21420

INFORME JURÍDICO

**ELABORACIÓN
MARIO AVILÉS SASSO
ASESOR PARLAMENTARIO**

**SUPERVISADO POR:
BERNAL ARIAS RAMIREZ
JEFE DE ÁREA**

**REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN
FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
DIRECTOR A.I.**

12 DE FEBRERO DE 2020



TABLA DE CONTENIDO

I.	RESUMEN DEL PROYECTO DE LEY.....	4
II.-	ANTECEDENTE LEGISLATIVO Y REITERACIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL	5
2.1.	Marco general	6
2.2.	Leyes relevantes	9
2.2.1.	Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762, del 14 de abril de 1998 y sus reformas	9
2.2.2.	Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, N° 8828 de 29 de abril de 2010	12
2.2.3.	Reforma integral de la ley N° 7495, Ley de Expropiaciones, N° 9286, del 11 de noviembre de 2014	15
2.2.4.	Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 del 02 de mayo de 1995	16
2.3.	Reglamentaciones.....	19
2.3.1.	Decreto Ejecutivo N° 27098 del 12 de junio de 1998.....	19
2.3.2.	Decreto Ejecutivo N° 31836 del 10 de junio de 2004.....	20
2.3.3.	Decreto Ejecutivo N° 39965 del 15 de diciembre de 2016	22
3.	ANÁLISIS DEL ARTICULADO	24
	Artículo 1.....	24
	Artículo 2.....	28
	Artículo 3.....	29
	Artículo 4.....	30
	Artículo 5.....	31
	Artículo 6.....	33
	Artículo 7.....	34
	Artículo 8.....	37
	Artículo 10.....	38
	Artículo 11.....	38
	Artículo 12.....	40
	Artículo 13.....	40
	Artículo 15.....	41

Artículo 16.....	42
Artículo 17.....	42
Artículo 18.....	43
Artículo 19.....	44
Artículo 20.....	45
Artículo 22.....	47
Artículo 23.....	49
Artículo 24.....	50
Artículo 25.....	51
Artículo 26.....	53
Artículo 27.....	55
Artículo 28.....	57
Artículos 29, 30 y 31	58
Artículo 32.....	59
Artículo 33.....	59
Artículo 34.....	60
Artículos 35 y 36	65
Artículo 37.....	65
Artículo 39.....	66
IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO	70
Votación.....	70
Delegación	70
Consultas	70
Obligatorias:.....	70
Facultativas:	70
V.- FUENTES Y REFERENCIAS	70



**ASAMBLEA
LEGISLATIVA**
de la República de Costa Rica

**AL-DEST- IJU -023-2020
INFORME JURÍDICO¹**

LEY NACIONAL PARA EL DESARROLLO, FOMENTO Y GESTIÓN DE LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

Expediente N.º 21.420

I. RESUMEN DEL PROYECTO DE LEY

La justificación de la iniciativa indica que Costa Rica presenta un importante rezago en materia de infraestructura, en especial, de naturaleza vial, retraso que afecta la competitividad de la economía del país y la calidad de vida de los costarricenses. Asimismo, ese rezago, de acuerdo con los proponentes se manifiesta en los servicios públicos, los cuales requieren remozamiento y modernización.

Según se lee en la intención, este aplazamiento en obras retarda el desarrollo social, económico, cultural y turístico, lastre para el progreso, permaneciendo en el tiempo escenarios de atascamiento. Igual sucede con la infraestructura relacionada con la salud o bien en otros campos.

Se une a esta situación un Estado sin recursos suficientes y poco eficiente en la ejecución de obras, de ahí la necesidad del modelo de las alianzas público-privadas (APP), modalidad que es una herramienta contemplada por el derecho comparado, que las visualiza como un instrumento de desarrollo, mediante el cual se aprovecha la coincidencia de intereses entre el sector público y el sector privado, combinando recursos y beneficios que satisfagan las demandas ciudadanas de manera sostenible, como ha sido el caso de Chile, Colombia y Panamá, en América Latina.

Es una figura que aprovecha la experiencia del sector privado, lo que ha permitido una mayor eficiencia y ahorro en la financiación de infraestructuras. Sin embargo, en la actualidad el modelo de alianzas público-privadas (APP) para el desarrollo de infraestructura pública ha pasado de ser visto únicamente como un modelo de financiamiento, a ser considerado un modelo de administración.

También la exposición de motivos indica que las APP, al involucrar fondos privados y disminuir el endeudamiento público, es considerado como la mejor forma de transferir los riesgos del sector público al privado y alcanzar el éxito en proyectos ferroviarios, metros, tranvías, infraestructura de transporte público, aeropuertos,

¹ Elaborado por el **Lic. Mario Avilés Sasso**, asesor parlamentario, y supervisado y revisado por el **Dr. Bernal Arias Ramírez**, Jefe de Área Jurídico Social. Revisión y aprobación final a cargo del **Msc. Fernando Campos Martínez**, Director a.i., del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica.



puertos, prisiones, colegios, delegaciones, cuarteles y demás facilidades policiales, edificios para alojar servicios públicos, distribución y tratamiento de aguas, recolección de desechos, energía en todas sus manifestaciones y otros más.

Los proponentes indican algunas de las principales características de esta modalidad de proyectos, entre ellas: 1) los riesgos son compartidos entre las partes pública y privada, 2) los proyectos son desarrollados a través de inversión privada en el ciclo de vida completo del proyecto, 3) la relación contractual entre las partes es de largo plazo (por lo general décadas) y, por último, 4) hay innovación relacionada con las especificaciones del proyecto, niveles de servicio y mecanismos de pago. El modelo ha permitido mantener los costos fuera de la hoja de balance pública y reducir el gasto público, manteniendo los niveles de inversión altos y evitando las restricciones del sector público para acceder a préstamos.²

Finalmente, mencionan que la Ley de Concesiones, N.º 7762 ha sido insuficiente, pues apenas se han completado cinco proyectos, uno de los cuales, la carretera San José-San Ramón (CSJSR) fue rescindido en el año 2012.

II.- ANTECEDENTE LEGISLATIVO Y REITERACIÓN DEL MARCO CONCEPTUAL

Este Departamento, mediante Oficio AL-DEST- IJU -153-2019, rindió Informe Jurídico relativo al Proyecto “LEY GENERAL DE LA ALIANZA PÚBLICO-PRIVADA (APP)”, EXPEDIENTE N° 20.916, el cual fue elaborado por los asesores parlamentarios Annette Zeledón Fallas, Víctor Emilio Granados Calvo, y Alexis Zamora Ovares, y supervisado por el Coordinador del Área Jurídico Social, Bernal Arias Ramírez. Esto lo indicamos con el objeto de señalar a las y los señores diputados que, en esa ocasión de reciente data, se brindó un marco conceptual, el cual estuvo a cargo del Lic. Granados Calvo, el cual está vigente, pues nos ubica en cuanto a la relación existente en la normativa atingente a la materia en estudio, de ahí que, vamos a retomar dicha parte, en este otro expediente 21420, mismo que nos ocupa.

Dicho lo anterior, solamente indicar que el Expediente N° 20916 figuró en el orden del día de la Comisión Especial 20.993 “COMISIÓN ESPECIAL QUE SE ENCARGARA DE ANALIZAR, ESTUDIAR, PROPONER Y DICTAMINAR LAS REFORMAS LEGALES CON RESPECTO AL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA DEL PAÍS”, hasta el 31 de noviembre pasado, en el lugar N° 7; sin embargo, no fue convocado por el Poder Ejecutivo para el presente período de sesiones extraordinarias. En lo que respecta al Expediente N° 21420, también

² CHACÓN, 2018. Clasificación y distribución de riesgos en proyectos de infraestructura desarrollados por medio de alianzas público- privadas (APP) en Costa Rica. Revista Infraestructura Vial / Lanamme UCR ISSN: 1409-4045 - ISSN electrónico: 2215-3705 / Volumen 20 / Número 35 / Julio, 2018 / p.p. 37-45.

se halla en la misma Comisión en el lugar N° 2 del orden del día. De suyo, esta asesoría considera que en atención a los dictados de una sana técnica legislativa en lo tocante a resguardar la hermenéutica jurídica, y evitando la doble regulación, sugerimos que se tome como base de discusión uno de los expedientes o bien se analicen conjuntamente, pues inevitablemente se podrían propiciar dobleces de interpretación, a partir de la sobreposición o colusión normativa que se suscita al promulgar en forma paralela dos o más leyes ordinarias, cuyo objeto es, en lo medular, el mismo. Entonces, el legislador debería considerar se opte por una sola iniciativa, que incorpore los elementos de ambas que puedan resultar complementarios, a la vez que se desechen aquellos que objetivamente se repitan o contradigan.

2.1. Marco general

La noción de las Alianzas Público-Privadas conocidas en inglés como PPP, o Public-Private Partnerships nace a mediados del siglo XX en los Estados Unidos donde fueron creadas por el Gobierno Federal como herramienta para estimular la inversión privada especialmente en materia de infraestructura³.

A nivel regional el desarrollo de la infraestructura, especialmente la vial, también ha sido el marco en el cual se han impulsado iniciativas de esta naturaleza que es utilizada con esquemas diferentes y distintos niveles de intensidad en varios países de Latinoamérica, destacándose el caso exitoso de la República de Chile.

De acuerdo con el Banco de Desarrollo de América Latina, antiguamente denominado Corporación Andina de Fomento, por sus siglas CAF⁴, Chile es el país *“(...) más avanzado de la región en este tipo de alianzas, combinó capital público y fondos privados nacionales para impulsar la mejora de infraestructuras viales, logrando sustanciales resultados en el desarrollo y mantenimiento de su red vial. Brasil, Colombia, México y Perú también cuentan con amplia experiencia en desarrollo de infraestructura a través del modelo APP, que está sirviendo de modelo para otros países”*.⁵

³ Vargas Maza, Esteban. Las Alianzas Público-Privadas para el desarrollo de la infraestructura vial en Costa Rica. Sus orígenes y evolución en Costa Rica, P-p 13. <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Las-Alianzas-Publico-Privadas.pdf>

⁴ CAF por sus siglas es un banco de desarrollo constituido en 1970 y conformado por 19 países - 17 de América Latina y el Caribe, España y Portugal- y 13 bancos privados de la región. Promueve un modelo de desarrollo sostenible, mediante operaciones de crédito, recursos no reembolsables y apoyo en la estructuración técnica y financiera de proyectos de los sectores público y privado de América Latina. Costa Rica no forma parte.

⁵ Tomado de: <https://www.caf.com/es/conocimiento/blog/2017/09/agenda-para-las-alianzas-publico-privadas-en-america-latina/>

Según José Miguel Hidalgo, profesor chileno del Máster en Financiación y Gestión de Infraestructuras⁶, la experiencia chilena que data de más de dos décadas inició con la licitación de un primer proyecto, denominado “Túnel El Melón” que contempló la construcción y explotación de un proyecto de una longitud total de 5,19 kilómetros, de los cuales 2,52 kilómetro corresponden al túnel que permite expedita conectividad a varias localidades y provincias de ese país, siendo que en su interior debería contar con 53 casetas, ubicadas cada 48 metros, que incluyen citófonos⁷ S.O.S. de emergencia, mangueras contra incendios y extintores. De acuerdo con la fuente indicada, por medio del sistema de Asociaciones Público Privadas en Chile (Concesiones de Obras Públicas), se han llamado a licitación cerca de 80 proyectos, por un total de 14 mil millones de dólares.

Por su parte, el Banco Mundial⁸ señala que en el caso de América Latina y el Caribe, es a partir de 2005 que las alianzas público-privadas (APP) volvieron a ser una herramienta ampliamente utilizada especialmente para disminuir la brecha de infraestructura, cuya necesidad de inversión se calcula en al menos el 5 % del Producto Interno Bruto (PIB).

En un estudio que analiza una década de alianzas en la región (2006-2015) el Banco concluye que las inversiones mediante APP crecieron de USD 8000 millones en 2005 a USD 39 000 en 2015: *“En total, en apenas una década, la región de América Latina y el Caribe ha registrado inversiones de USD 361 300 millones en alrededor de 1000 proyectos de infraestructura enmarcados en APP, mayormente en los sectores de energía y transporte”*.⁹

En lo que respecta a Centroamérica, un informe de la Secretaría de Integración Económica (Sieca) identifica potencial en las APP para enfrentar las necesidades de inversión en infraestructura, pero indica que aún deben de propiciarse más y mejores condiciones que favorezcan la competitividad y atracción de inversiones: *“A pesar que muchos de los proyectos que se han realizado en la región son aún prematuros para arrojar conclusiones concisas del modelo, muchos de estos están enfocados en mega proyectos de infraestructura que además de requerir un monto considerable de inversión, dinamizarían la economía de los países. De tal forma, Centroamérica se enfrenta con el reto de propiciar las condiciones para atraer*

⁶ <https://www.eadic.com/asociaciones-publico-privadas-en-chile-dos-decadas-de-experiencia/>

⁷ Sistema de comunicación.

⁸ <http://blogs.worldbank.org/ppps/es/una-d-cada-de-alianzas-p-blico-privadas-en-am-rica-latina-y-el-caribe-qu-hemos-aprendido>

⁹ *Ibidem*.

inversión en infraestructura en general; con vistas a lograr una mejora competitiva de la región." ¹⁰

A nivel nacional, el desarrollo de la infraestructura también ha sido el marco o motor en el cual se han impulsado iniciativas de esta naturaleza. No obstante, Costa Rica fue catalogada en el año 2016, como un país "emergente" en el desarrollo de las alianzas público-privadas (APP) por parte de un informe denominado Infrascopio, elaborado por The Economist Intelligence Unit y el FOMIN del Banco Mundial¹¹ dado el poco avance identificado en este campo. Entre otras razones se identificaron las carencias en el marco regulatorio, la falta de voluntad política, y la falta de capacidad pública para planear y supervisar las alianzas, como algunas de las razones por las que no se logra despegar esta figura en nuestro país.

La situación de la infraestructura vial de nuestro país no resulta ser nada halagüeña. De acuerdo con el estudio *"La infraestructura vial en Costa Rica: desafíos y oportunidades para las asociaciones público-privadas"* elaborado en el año 2017¹² por la Academia de Centroamérica, mismo que contó con la destacada participación de analistas tales como Miguel Loría y Josué Martínez, Costa Rica se ubica en los últimos lugares del mundo en los indicadores de inversión pública en carreteras y entre los primeros en cuanto al deterioro en la calidad de la red vial.

Para esos investigadores "El esquema tradicional de contratación, el más usado en los proyectos de carreteras, ha dado muestras de ser el más ineficaz de todos, pero se continúa utilizando. La urgencia de mejorar el desempeño de este importante sector, a pesar de la disponibilidad de recursos públicos para financiarlo, obligan a buscar otras opciones. Entre ellas se encuentran las asociaciones público-privadas (APP), un esquema con participación privada que puede proveer recursos adicionales y ventajas de gestión respecto al tradicional que cabría explorar para el desarrollo de la infraestructura vial. Un ejercicio comparativo entre dos experiencias, una bajo modalidad de contratación tradicional y otra de APP, sugiere que la segunda supera a la primera en el cumplimiento de las mejores prácticas de gestión internacionalmente aceptadas, por lo que constituye una opción que merece ser considerada con base en la evidencia y no a partir de sesgos ideológicos" ¹³

¹⁰Tomado de:
https://www.centralamericadata.com/es/article/home/El_potencial_de_las_alianzas_publico_privadas

¹¹Tomado de:
https://www.centralamericadata.com/es/article/home/Pocas_alianzas_PublicoPrivadas_en_Costa_Rica

¹² <https://www.academiaca.or.cr/wp-content/uploads/2017/12/PV-04-17.pdf>

¹³ *Ibíd.*



Desde la perspectiva legislativa, la primera regulación de este tipo se da con la Promulgación de la Ley General de Concesión de Obras Pública, N° 7404 del 03 de mayo de 1994 que resultó derogada por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762 de 14 de abril de 1998. También resulta importante destacar la promulgación de la Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, N° 8828, de 29 de abril de 2010 más de una década después, ambos cuerpos normativos sobre los que ahondaremos en apartes subsiguientes.

De reciente data se da un esfuerzo más en esa dirección con la promulgación del Decreto Ejecutivo N° 39965, de 15 de diciembre de 2016, mediante el que se emitió el Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada, que también explicaremos más adelante.

2.2. Leyes relevantes

2.2.1. Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762, del 14 de abril de 1998 y sus reformas

Esta Ley regula los contratos de concesión de obras públicas que son básicamente contratos administrativos de concesión de obra pública y concesión de obra con servicio público, siendo que en el primero de los casos la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio, y en el segundo, se concede la explotación de los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios.

En ese contexto la legislación establece la posibilidad de concesión mediante iniciativa privada. Con arreglo a su artículo 20, los particulares podrán presentar a la respectiva administración concedente, sus propuestas de nuevas concesiones. No obstante, el proponente privado de una idea de concesión participa en la licitación en los mismos términos y condiciones que otros particulares.

Por su parte, el contrato y su respectiva formalización adquieren total relevancia en el tanto, este instrumento establece condiciones a la ejecución, cumplimiento, plazos y sanciones del concesionario, así como respecto del régimen de garantías.

En lo que se refiere a aspectos generales relativos al ámbito de cobertura de dicha legislación, se establece que toda obra y su explotación son susceptibles de concesión cuando existan razones de interés público, incluyendo los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como

existentes, así como los servicios que ahí se presten (artículo 2 inciso 2) y los muelles de Limón, Moín, Caldera y Puntarenas, en lo que se refiere a las obras nuevas o las ampliaciones que ahí se realicen, en estricta observancia de lo que indica la Constitución Política en el artículo 121 inciso 14)¹⁴.

A ese respecto se ha indicado que la Sala Constitucional mediante el voto 3789-92 de las doce horas del veintisiete de noviembre de 1992, en el análisis de consulta de constitucionalidad del proyecto de ley, expediente legislativo número 11.344, que finalmente se convirtió la Ley General de Concesión de Obra Pública, N° 7404 derogada por disposición del artículo 69 de la Ley N° 7762 del 14 de abril de 1998 indicó:

“En efecto, el artículo 121, inciso 14) contiene tres normas distintas, que deben ser claramente diferenciadas: a) La primera, es una norma que habilita a la Asamblea Legislativa para decretar "la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación". Por una parte, esta norma es irrestricta en cuanto se refiere a todos los bienes propios de la Nación, y, por otra, reserva a la ley la materia, invalidando actos administrativos de enajenación o aplicación a usos públicos no fundados en ley previa; b) La segunda, prescribe qué bienes no "podrán salir definitivamente del dominio del Estado". Para esas categorías, que están enunciadas en los incisos a), b) y c), la restricción es total y absoluta en cuanto a "salir del dominio del Estado", pero, de inmediato, la norma modera su severidad advirtiendo que tales categorías de bienes pueden ser "explotados por la administración pública o por particulares" de acuerdo con la ley o mediante concesión especial; c) La tercera, es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales en servicio) no incluidos en las tres categorías de la norma precedente. Si sobre estos bienes nada se dijera, los cubriría la norma de habilitación con que el inciso 14) comienza, como ya se ha visto. Pero la existencia de esta disposición específica implica un régimen jurídico propio para estos bienes, que limita el principio general de enajenación y aplicación a usos públicos de una manera rigurosa: tales bienes "no podrán

¹⁴ ARTÍCULO 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

(...)

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

No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

- a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;
- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;
- c) Los servicios inalámbricos;

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

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales - éstos 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.

ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado". La norma alude, en primer lugar, a enajenación, arrendamiento o gravamen, pero la expresión "directa o indirectamente", en el contexto rígido de la disposición puede referirse lo mismo a la situación en que el Estado procede por sí o por medio de otras entidades jurídicas (sentido subjetivo), o a los casos en que se emplean modalidades o medios que tengan consecuencia o efectos jurídicos equivalentes o similares, aunque per se no supongan técnicamente enajenación, arrendamiento o gravamen (sentido sustantivo). A continuación, este rigor se confirma con la expresión "ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado", expresión está a la que también hay que dar una amplia cobertura de hipótesis por la vocación de la norma. Ahora bien: si se confronta la sumaria enumeración de algunas características de la concesión que se hizo antes, con lo dispuesto en el artículo 121, inciso 14), se derivan los siguientes comentarios. El vocablo "enajenación" importa la transmisión del dominio o propiedad de la cosa o la titularidad de un derecho a otra persona, lo que no sucede con la concesión, pues de acuerdo con los propios términos del Proyecto, el Estado conserva el dominio sobre ellos, al punto de que podría recuperarlos -si por razones de interés público así lo llegara a estimar- previa indemnización al concesionario. Difiere igualmente de la figura del arrendamiento, pues como contrato sinalagmático que es, el arrendante asegura al arrendatario el uso y disfrute de la cosa por un tiempo determinado, mientras que el último se compromete al pago de una suma de dinero; en tanto en la concesión, si bien es cierto existe un plazo para su explotación, el Estado -como se señaló- puede recuperarlo no obstante el plazo fijado, y el beneficio económico que recibe el concesionario, consiste exclusivamente en el canon o suma de dinero que abonan los usuarios. Tampoco implica gravar del bien, como resulta de los artículos del Proyecto. En otros términos, la obra pública construida será siempre del Estado. De ahí que como bien de dominio público, gozará de las características de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias a este tipo de bienes. En consecuencia, dadas las prerrogativas que el proyecto reserva a la Administración, no es razonable entender que los bienes objeto de la concesión salgan o puedan salir -directa o indirectamente- del dominio y control del Estado. A lo anterior hay que añadir los amplios poderes de control o fiscalización que el Estado se reserva para sí, incluso en lo referente al estipendio (tarifas por prestación del servicio público) que recibirá el concesionario, el cual deberá fijarse por los organismos competentes de la Administración Pública que se señalan en el Proyecto, todo sobre la base de principios de justicia y razonabilidad, propios del derecho público. De ahí que en opinión de esta Sala, no se observa infracción alguna por parte de la norma consultada con respecto al artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política".

Como se desprende de la cita antes transcrita, la Sala Constitucional consideró conforme con el derecho de la constitución la posibilidad de concesionar obras aún incluso aquellas que contempla el artículo 121 inciso 14), en el tanto que los bienes objeto de la concesión no salgan o puedan salir -directa o indirectamente- del dominio y control del Estado, y consecuentemente no pierdan su carácter de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias.

Como bien es sabido, la ley creó el Consejo Nacional de Concesiones como órgano con desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes y rector de la materia. Está dirigido por un Consejo Directivo, quien corresponde al máximo jerarca institucional, y por el Secretario Técnico, quien es el jerarca administrativo y nombrado por el primero. De acuerdo con su página web¹⁵ son proyectos concesionados en marcha los siguientes:

- Corredor vial San José-Caldera Ruta 27. Plazo de la Concesión: 25 años y 6 meses. Fecha de inicio: 08 de Enero de 2008. Costo: Monto del proyecto: US\$ 301.377.209,78. Valor de Obras Adicionales: Mediante el Convenio Complementario N° 1 se aprobó la construcción de obras adicionales en el proyecto por una suma de US\$ 35.935.741,00
- Terminal de Contenedores de Moín. Plazo de la Concesión: 33 años. Fecha de inicio: 19 de enero de 2015, fecha de inicio de la etapa constructiva. Costo: El monto estimado del proyecto es de US\$ 956.453.273,00
- Aeropuerto Internacional Daniel Oduber. Plazo de la Concesión: 25 años. Costo: US\$ 35.000.000,00. Concesionario: CORIPORT
- Terminal Granelera de Puntarenas. Plazo de la Concesión: 20 años. Fecha de inicio: 12 de agosto del 2006. Costo: US\$ 10.674.413,00. El monto del contrato se fijó como la suma del pago inicial más el valor presente neto del flujo futuro en concepto de canon anual, descontado este último a una tasa del 12% Concesionario: Sociedad Portuaria – Puerto Caldera Costa Rica.

2.2.2. Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, N° 8828 de 29 de abril de 2010

Esta Ley fue promulgada con el objeto desarrollar el marco normativo establecido en el Código Municipal, Ley N° 7794 de 30 de abril de 1998, mediante el cual se define, como atribución del concejo municipal, autorizar la constitución de Sociedades Públicas de Economía Mixta, cuya abreviatura es SPEM.

De acuerdo con el artículo 13 inciso q) de dicho Código, es parte de las atribuciones del Consejo Municipal constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta.

La Ley les confiere a las SPEM una naturaleza jurídica de funcionamiento conforme a las normas que rigen a las sociedades anónimas pero sin perjuicio de su sujeción

¹⁵ <http://www.cnc.go.cr/>

al Derecho público, cuando corresponda. Para su creación se requiere la aprobación de dos tercios del total de los miembros que integran el Concejo Municipal respectivo y tienen como finalidad “... *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 municipios*”.¹⁶

Estas sociedades municipales mixtas pueden crearse para desarrollar nuevas actividades productivas en el Cantón siguiendo los procedimientos que la ley indica -Ley N° 8828-, en sus artículos 22 y 23, a saber:

ARTÍCULO 22.- Constitución de las SPEM

Para crear una SPEM se requiere la participación de las municipalidades que así lo decidan y al menos un sujeto de Derecho privado que se escogerá siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de contratación administrativa, sin perjuicio de la participación de otras entidades públicas.

ARTÍCULO 23.- Autorización para invertir

Previo acuerdo adoptado por mayoría calificada de los concejos municipales respectivos, las municipalidades participantes quedan autorizadas para invertir en estas empresas. Para tal efecto, el monto requerido será presupuestado en un solo período o en varios períodos; además, podrán hacer aportes en especie. De igual manera lo podrán hacer las instituciones del Estado.

En lo que se refiere a las acciones al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) debe pertenecer a las municipalidades que la conforman, el porcentaje restante pertenecerá a sujetos de Derecho privado, sin perjuicio de la participación de sujetos de Derecho público. Las acciones de las corporaciones municipales son intransferibles a sujetos de Derecho Privado. Se establece, asimismo, que, en todo momento, las municipalidades deben mantener el control de las empresas municipales de economía mixta.

Evidentemente estas sociedades pueden realizar actividades mercantiles, pero en palabras de la Procuraduría General de la República su fin primordial es facilitar la intervención subsidiaria de los gobiernos locales en la economía del cantón y el desarrollo de actividades de fomento económico orientadas a promover la comercialización y exportación de los bienes y servicios producidos a nivel local:

“La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los

¹⁶ Artículo 2 del Código Municipal

munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón. Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente:

‘...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de ‘lo local’.

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena.

Ahora bien, debe advertirse que las Sociedades Públicas de Economía Mixta también implican una forma de colaboración entre las municipalidades y las personas de Derecho Privado, pues su constitución conllevan la participación del sector privado en cooperación con el sector privado para alcanza un fin determinado”.¹⁷

De manera notoria resulta claro que este tipo de sociedades buscan la creación de alianzas público – privadas en el desarrollo de actividades de fomento económico de los cantones orientados a promover la comercialización y exportación de los bienes y servicios producidos a nivel local, así como en la prestación de determinados servicios públicos. No obstante, la legislación no es una autorización para que se delegue indebidamente funciones que por su carácter deben de ser brindadas por las municipalidades, pues pese a la discrecionalidad de esas corporaciones la ley claramente circunscribe su objeto a aquellas actividades que impliquen una participación subsidiaria del gobierno local en la economía cantonal, o en la gestión de ciertos servicios públicos.

Si bien es cierto la ley fue promulgada hace una década aproximadamente, sus resultados a la fecha son nulos. De acuerdo con una investigación del periódico La Nación de marzo de 2016¹⁸, seis años después de promulgada dicha Ley, no se había creado una sola sociedad de este tipo y los dos proyectos hasta entonces planteados, en las municipalidades de Curridabat y Osa fueron rechazados por la Contraloría General de la República.

De acuerdo con el Sistema Costarricense de Información Jurídica, la única municipalidad que ha reglamentado la Ley es la Municipalidad de San José, esto mediante Reglamento Municipal N° 312 del 19 de abril de 2016.

¹⁷ Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-168-2006

¹⁸ <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/ley-autoriza-a-municipios-crear-empresas-con-el-sector-privado/6Y2H6ENTSBWLFCMTEINHVLQTY/story/>

2.2.3. Reforma integral de la ley N° 7495, Ley de Expropiaciones, N° 9286, del 11 de noviembre de 2014

Esta es la legislación que regula la expropiación forzosa por causa de interés público y comprende cualquier forma de privación de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera sean sus titulares, mediante el pago previo de una indemnización.

Tratándose de expropiaciones de bienes inmuebles, en virtud de la Ley No. 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (artículo 18 inciso c¹⁹), se da una remisión en esta materia al procedimiento establecido en la Ley No. 7495, Ley de Expropiaciones que fue objeto de reforma integral mediante Ley N° 9286.

Lo anterior quiere decir, como lo reafirmó la Procuraduría General de la República mediante Dictamen N° 255 del 15 de julio de 2005, que las concesiones referidas a las carreteras nacionales, el órgano expropiante es el Poder Ejecutivo, integrado por el Presidente de la República y el Ministro de Obras Públicas y Transportes, esto porque no le ha sido atribuida al Consejo Nacional de Concesiones expresamente por parte del legislador, competencia en materia de expropiaciones y, en concreto, respecto del avalúo administrativo.

Es entonces que la Procuraduría General de la República, actuando como representante legal del Estado ante sede jurisdiccional es quien interpone las diligencias de expropiación cuyo procedimiento establece entre otros aspectos el necesario estudio previo, la declaratoria de interés, y la realización de un avalúo administrativo.

De acuerdo con la Procuraduría General de la República “(...) la participación e intervención del Consejo Nacional de Concesiones en los casos que nos ocupan, se centran en una serie de gestiones administrativas que se calificarían de operativas, de mero trámite, o de ejecución o cumplimiento de las órdenes judiciales emanadas del juzgado que tiene conocimiento de las diligencias de expropiación, sea, una vez dadas a favor del Estado y de manera previa, la autorización de entrada en posesión y, eventualmente, la orden de desalojo en aquellos casos que así lo amerite, todas gestionadas por la Procuraduría General. Específicamente se refieren a notificar el desalojo de los inmuebles, conceder el plazo pertinente a sus

¹⁹ Artículo 18.- Obligaciones generales

(...)

c) Adquirir los bienes inmuebles o los derechos que, según el cartel, se necesiten para cumplir el objeto de la concesión. Cuando sea imposible por razones no imputables al concesionario, la Administración concedente procederá al trámite de expropiación, por el procedimiento estatuido en la Ley de Expropiaciones, No. 7495. El pago de las indemnizaciones que correspondan deberá ser depositado, en favor de la Administración concedente, cuando se le requiera al concesionario. El incumplimiento del depósito se considerará falta grave.

ocupantes para su desocupación, solicitar al Ministerio de Seguridad la colaboración del caso para ejecutar tales acciones, levantar actas de derribo en los inmuebles y entrega de materiales rescatables al MOPT.”²⁰

2.2.4. Ley de Contratación Administrativa, Nº 7494 del 02 de mayo de 1995

Es la legislación que regula toda la actividad de contratación desplegada por los órganos del Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, los entes públicos no estatales y las empresas públicas.

El principio de contratación administrativa, principio general que deriva del artículo 182 de la Constitución Política²¹ supone y conlleva, en palabras de la Sala Constitucional que *“(...) toda contratación administrativa, se hará por el procedimiento de licitación, implica que tienen rango constitucional todos los principios del derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen. Este principio tiene como finalidad que:... “el Estado consiga las mejores opciones de contratación en cuanto a precio y calidad -es decir, la eficiencia- y, por la otra, en que los particulares participen en igualdad de condiciones; [...]”²²*

Los principios a los que refiere el voto constitucional son aquellos que desarrolla la ley en los artículos 4 a 6, así como en su reglamento²³, entre ellos: El de **eficacia y eficiencia**, según el cual todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales, **de igualdad y libre competencia**, que implica que las disposiciones que rigen en los procedimientos no podrán incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales, de **publicidad** garantizando que por medios idóneos las ofertas sean debidamente comunicadas a la mayor cantidad de oferentes, **de buena Fe**, entendiendo que las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento bajo ese

²⁰ Dictamen 228 del 21 de agosto de 2001.

²¹ ARTÍCULO 182.- Los contratos para la ejecución 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, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

²² Sala Constitucional. Sentencias: 787-94, 998-98.

²³ Decreto Ejecutivo Nº 33411 del 27 de setiembre de 2006

carácter, **de intangibilidad patrimonial** que obliga a las partes a mantener el equilibrio financiero del contrato y **de conservación de la oferta**.

Este último principio no se encuentra específicamente mencionado por la Ley de Contratación Administrativa, pero en criterio de la Contraloría General de la República “(...) *se puede extraer del párrafo final del artículo 4, ya que ahí se indica que en caso de duda siempre se debe favorecer a la conversación de la oferta, o en su caso del acto de adjudicación. Lo anterior se encuentra muy relacionado con el principio de eficiencia, y lo que quiere decir es que las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita conservarlos -siempre que no se trate de errores que no permitan la satisfacción de interés público- y por ende, se logre tomar una adecuada decisión final*”.²⁴



Ahora bien, esos principios adquieren mayor relevancia jurídica a la luz de lo indicado en el artículo 182 de la Constitución Política y su correlativo desarrollo jurisprudencial en torno a ese tema. Por su importancia se transcribe parte del voto constitucional N° 5947-98, de las 14:32 horas de 19 de agosto de 1998, mediante el que la Sala Constitucional realiza análisis de las disposiciones del artículo 182 Constitucional respecto de los principios de la contratación administrativa:

“...la contratación del Estado debe verificarse mediante el procedimiento de la licitación, por constituir el medio idóneo para la selección del cocontratante con la Administración, en aras de proteger el interés público, concretamente en lo que respecta al control de la hacienda pública, al promover una sana administración de los fondos públicos, en virtud de los principios de publicidad,

²⁴ https://campus.cgr.go.cr/capacitacion/CV-ABC-CA/L2/2218_conversacin_de_la_oferta.html

igualdad y libre concurrencia -entre otros- que orientan el concurso. Más recientemente, en sentencia número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero del año en curso, se concretaron estos principios bajo las siguientes consideraciones: primero: en el artículo 182 de la Constitución Política, se enuncia la primera obligación constitucional en materia de contratación administrativa, en virtud del cual, toda contratación que celebre el Estado debe tramitarse por medio del procedimiento de la licitación; segundo: que el constituyente optó por el procedimiento de la licitación, por considerarlo el mecanismo más apto para el control de la hacienda pública y del correcto uso de los recursos financieros del Estado, con la finalidad de promover una sana administración de los fondos públicos; tercero: la licitación constituye el medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración, por ser un procedimiento de garantía del interés público, cuya publicidad garantiza una efectiva participación de todos los interesados, para que la Administración seleccione la mejor opción para la satisfacción del interés público; cuarto: **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 concurrencia, igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, publicidad, legalidad o transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, formalismo de los procedimientos licitatorios, equilibrio de intereses, principio de buena fe, mutualidad del contrato, y control de los procedimientos a cargo y en última realizado directamente por la Contraloría General de la República;** quinto: del principio "toda contratación administrativa se hará por el procedimiento de la licitación", contenida en el artículo 182 de la Constitución Política, derivan con rango constitucional, todos los principios de derecho público que informan la contratación administrativa, en la medida en que resulten razonables y proporcionados a los fines que se persiguen; sexto: el sistema de contratación administrativa está conformado por los principios constitucionales que emanan de la propia Constitución, y como complemento, por el sistema de control ejercido directamente por el órgano constitucional encargado y vigilancia de la hacienda pública, -Contraloría General de la República, según se dispone en los artículos 183 y 184 constitucionales-, que se establece como garantía de la correcta utilización de los fondos públicos en aras de la satisfacción del interés público. **sétimo: la obligación constitucional que deriva del artículo 182 de la Carta Fundamental comprende toda la actividad contractual del Estado; por lo que no puede distinguirse para exceptuarse en el tipo de contrato a realizar -de servicios, ejecución de obras, ventas o arrendamientos de bienes, compras- o en razón de la materia de que se trate;** octavo: el constituyente definió que el procedimiento más apto para realizar la contratación administrativa sería la licitación pública, y reservó la licitación privada únicamente para las contrataciones cuantitativa y cualitativamente menores". (Lo subrayado no pertenece al original)



A manera de conclusión resulta claro que el problema de la infraestructura es uno de los grandes retos del Estado Costarricense, no solo por el rezago identificado en el mantenimiento de las vías nacionales y cantonales ya existentes, cuyo deterioro se acrecienta, sino además por la falta de mayor inversión pública en la construcción de nueva infraestructura.

Desde esa perspectiva y ante la poca capacidad financiera del Estado, desde mediados de los años noventa se promulgó la Ley General de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos, con el fin de dotar al país de ese primer instrumento jurídico de alianza público privada. Con posterioridad se emitió la Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta para que, en ese caso fuesen las municipalidades las que pudiesen desarrollar este tipo de alianzas dirigidas a resolver problemas de servicios a terceros e infraestructura. A pesar de que más recientemente se emitió el Decreto Ejecutivo N 39965 del 15 de diciembre de 2016, que es el Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada, con el objetivo fortalecer las alianzas entre estos dos sectores, para impulsar obras y servicios públicos, no resulta exagerado concluir que los esfuerzos han sido insuficientes o bien, que no han arrojado los resultados esperados.

Una segunda gran conclusión a la que se puede arribar después del anterior repaso, es que cualquier legislación en torno a facilitar la existencia jurídica de alianzas privadas que provoquen inversión privada en actividades Estatales, no significa un desplazamiento de las competencias y atribuciones constitucionales, por lo que debe de respetarse en el modelo jurídico que se quiera, los principios constitucionales y de contratación administrativa.

2.3. Reglamentaciones

2.3.1. Decreto Ejecutivo N° 27098 del 12 de junio de 1998

Mediante ese Decreto se reglamenta la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762, del 14 de abril de 1998.

En cuanto interesa, se destaca que en los procedimientos de concesión deberá respetarse plenamente los principios aplicables, como publicidad, eficiencia e igualdad y libre competencia, desarrollados en la Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento.

El reglamento establece las reglas para el procedimiento concursal, además desarrolla todo lo relacionado con la decisión inicial que origina los procedimientos de concesión, así el artículo 9 inciso 1) indica que debe adoptarse por el órgano o funcionario competente con fundamento en los estudios de factibilidad del proyecto. Además, la decisión requiere de resolución razonada y hacer mención expresa de la finalidad pública que se pretende satisfacer.

Por otra parte, también el reglamento establece los parámetros y procedimientos para el rendimiento de garantías por parte del concesionario, que son de tres tipos: Construcción, Explotación y Ambiental

La garantía de construcción se rendirá mediante dos tipos, ello de conformidad con la etapa en que se encuentre el procedimiento de licitación y de ejecución del contrato, según lo indica el artículo 41 de dicha reglamentación. Ciertamente, antes de suscribir el contrato, el adjudicatario debe rendir la Garantía de Construcción, cuyo fin será respaldar el cumplimiento de todas aquellas obligaciones a cargo del adjudicatario, dentro del período comprendido entre la fecha indicada, y la fecha en la cual la Administración Concedente imparta y notifique la "Orden de inicio" para arrancar con la ejecución física de la obra.

Luego esta garantía de construcción será sustituida por la garantía de explotación según lo indica el artículo 41 inciso b) del mismo reglamento. En efecto, previo a iniciarse la explotación de la obra o el servicio, el concesionario deberá constituir esa garantía de explotación, cuyo monto se definirá entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) del valor actual neto del proyecto, calculados a partir del momento de inicio del plazo de la explotación.

2.3.2. Decreto Ejecutivo N° 31836 del 10 de junio de 2004

Mediante Decreto Ejecutivo N° 31836, del 10 de junio de 2004, se emite Reglamento de los Proyectos de Iniciativa Privada de Concesión de Obra Pública o de Concesión de Obra Pública con Servicio Público.

Dicha regulación lo es con respecto a los trámites, procedimientos y actuaciones de la Administración concedente y de los particulares interesados en presentar proyectos de iniciativa privada para la concesión de obra pública y de obra pública con servicios públicos, en los términos que se definen en el artículo 20²⁵ de la Ley

²⁵ Artículo 20.- 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

General de Concesión Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N° 7762 conforme lo reseñamos líneas atrás.

Entre otros aspectos de interés se destaca que se conceptualiza a los proyectos de iniciativa privada, como la propuesta y el conjunto de documentos que personas físicas o jurídicas de derecho público o privado presentan ante la Administración concedente y que contienen una propuesta de diseño, modificación, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación, reparación o explotación de una obra pública mediante el régimen de concesión de obra pública o concesión de obra pública con servicio público.

El artículo 5.1. de esa reglamentación incluso establece la obligación de que las empresas públicas y el sector público descentralizado, territorial o institucional, establezcan una unidad para tramitar los procedimientos de iniciativa privada, lo que sin duda le confiere gran importancia a este tipo de iniciativas. Dichas unidades se pueden establecer sin perjuicio de que la competencia sea asumida por oficinas o dependencia existentes.

Es importante destacar que con apego al principio de publicidad y transparencia, la Administración concedente es obligada a mantener actualizado un registro de los proyectos seleccionados para ser desarrollados por la propia Administración bajo esta modalidad. Además, se establecen como principios aplicables los siguientes:

“9.1 El procedimiento de iniciativa privada forma parte del procedimiento licitatorio establecido en la Ley 7762, y como tal se encuentra sujeto a las normas y principios, constitucionales y legales, de publicidad, eficiencia, libre competencia, igualdad y transparencia que orientan los procedimientos de contratación administrativa costarricense.

9.2 La Administración concedente velará en todo momento por el cumplimiento de estos principios, y además deberá asegurar que la propuesta del proponente privado permita la libre competencia en el futuro proceso de licitación y en el contrato de concesión que se formalizará. Para efectos de permitir la libre competencia y el resguardo del interés público, la Administración queda facultada para realizar los cambios a las propuestas que considere necesarios, dadas las características del proyecto. No se considerará violentado el principio

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.

de libre competencia cuando se establezcan requisitos de participación o elegibilidad que pretendan garantizar la satisfacción del interés público pretendido con el proyecto y que se encuentren debidamente justificados por la naturaleza y características del proyecto.

9.3 En aplicación del principio de eficiencia, las distintas instituciones y órganos de la Administración Pública estarán obligados a revisar y mejorar sus sistemas de trabajo a efecto de implantar sistemas uniformes, disminuir instancias y simplificar trámites con el fin de lograr la eficiencia y el cumplimiento de los objetivos de los procedimientos de iniciativa privada. La Administración cooperará con el proponente y coordinará con el resto del sector público para que el proyecto que se pretende cumpla de la mejor forma posible con el interés público que pretende satisfacer.

9.4 La cooperación público-privada se considerará como uno de los principios rectores de los procedimientos de iniciativa privada en materia de concesión de obra pública. La Administración Pública promoverá este tipo de cooperación para la realización de proyectos de infraestructura y servicios públicos y generará mecanismos de información sobre áreas de interés público que podrán beneficiarse mediante el desarrollo de este tipo de proyectos, como una alternativa que contribuya a solucionar los problemas de infraestructura pública y de competitividad del país”.²⁶

En lo que se refiere a la propiedad de la iniciativa, el reglamento indica que los estudios propuestos durante la etapa de proposición pertenecerán al proponente hasta que éste obtenga su reembolso; no obstante, podrán ser utilizados por la Administración concedente en el procedimiento de licitación. Igualmente, el proponente asume los riesgos relacionados con los costos de desarrollo del proyecto salvo aquellos casos en los que se acuerde indemnización de los mismos por conducta lícita de la Administración, en cuyo caso se indemnizarán únicamente los costos reales en que incurra el proponente, los cuales deberán ser demostrados.

La reglamentación en general establece los procedimientos y etapas para la presentación de este tipo de iniciativas, los niveles de participación del Consejo Nacional de Concesiones, o el jerarca administrativo de Administración descentralizada, institucional o territorial o el jerarca de las empresas públicas, entre otros aspectos de interés.

2.3.3. Decreto Ejecutivo N° 39965 del 15 de diciembre de 2016

Mediante Decreto Ejecutivo N° 39965 del 15 de diciembre de 2016, se emitió el Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada. Dicho instrumento jurídico que se considera la primera regulación de este tipo en el país, tiene como

²⁶ Artículo 9 del Decreto N° 31836 del 10 de junio de 2004.

objetivo fortalecer las alianzas entre estos dos sectores, para impulsar obras y servicios públicos.

Dicho Decreto se fundamenta en los artículos 3° y 55 de la Ley de Contratación Administrativa, número 7494, de 2 de mayo de 1995²⁷, que posibilita a la Administración utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico administrativo con el fin de satisfacer el interés general.²⁸

En esa regulación se conceptualiza a los contratos de colaboración público privada como aquellos en que la Administración encarga a un tercero, -persona jurídica privada- la realización de dos actividades concretas, a saber, para caso de

²⁷ Artículo 3.-Régimen jurídico.

La actividad de contratación administrativa se somete a las normas y los principios del ordenamiento jurídico administrativo. Cuando lo justifique la satisfacción del fin público, la Administración podrá utilizar, instrumentalmente, cualquier figura contractual que no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo. En todos los casos, se respetarán los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en esta Ley, en particular en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa. El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa. Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política. Para el mejor ejercicio de sus potestades de fiscalización en la materia regulada en esta Ley, la Contraloría General de la República podrá requerir el criterio técnico de asesores externos; para ello, estará facultada para recurrir al procedimiento previsto en el inciso h), del artículo 2 de esta Ley, independientemente de la cuantía de la contratación. En caso de que tal requerimiento se formule ante un ente u órgano público, su atención será obligatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley orgánica de la Contraloría General de la República.

Artículo 55.-Tipos abiertos. 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 competencia. El dictamen del órgano contralor deberá emitirse en un plazo de quince días hábiles y sus recomendaciones no tendrán carácter vinculante.

²⁸ Mediante Resolución N° 11657 del 14 de noviembre de 2001, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señaló con respecto a la constitucionalidad del artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa lo siguiente...Es así como la Administración, en aras de atender el interés general, puede desarrollar otras formas contractuales novedosas (.) siempre que atienda plenamente las reglas procedimentales y los principios constitucionales y legales de la contratación administrativa." Se agrega en la citada resolución: "Así, el Poder Ejecutivo estaba habilitado para dictar un decreto reglamentario en uso de las atribuciones que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política le confiere, con la finalidad de propiciar la efectiva ejecución de las normas legales ya mencionadas, previendo mecanismos innominados de contratación administrativa que se ajustaran a las concretas necesidades que caracterizan a la compleja función administrativa, en aras de cumplir su objetivo esencial: la satisfacción del interés general".

infraestructura nueva lo que incluye 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 y para el caso de infraestructura ya existente que abarca modernización de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos existentes, tanto su mejora, reparación, ampliación, construcción de obras complementarias, operación, mantenimiento, explotación o su gestión que permitan la competitividad y la productividad.

Es importante indicar que los contratos de colaboración público privada en su conceptualización reglamentaria no son ni implican un medio para la transferencia al sector privado de la titularidad de los bienes públicos cuya titularidad le corresponde a la Administración –Artículo 3-, incluso cuando se trate de servicios públicos, en cuyo caso la Administración contratante responde 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.

La regulación posibilita alianzas privadas con 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. Para ello el adjudicatario está obligado a constituir una sociedad anónima de propósito específico con quien será celebrado el contrato de colaboración público privada que establece entre otros elementos de importancia el nivel máximo de endeudamiento y la participación mínima del capital social de la sociedad en el esquema de financiamiento que podrá utilizar el contratista colaborador.

3. ANALISIS DEL ARTICULADO

El presente proyecto de ley está subdividido en doce Capítulos que abarcan 39 artículos sin ninguna disposición transitoria. El que de seguido vamos a analizar, Capítulo I, concierne a “Disposiciones Preliminares”; sin embargo, el Capítulo II se denomina “Generalidades”, pero sus artículos deberían estar reubicados en otros Capítulos asunto que luego comentaremos, cuando llegemos a esa parte.

Artículo 1.

Este artículo debería tener como título “Objeto” y dejar para otro artículo los principios.

En primer lugar, el numeral indica que la ley sería de orden público, es un concepto antiguo, viene del Derecho Romano; se transmite al Código de Napoleón; y de Europa pasa a América Latina (Sistema Románico-Germánico), y se refiere a que

la ley dictada que lleve esa característica, es una ley imperativa (impuesta por la autoridad a las personas, y que actúa como límite a su libertad), que prevalece sobre cualquier convención o acuerdo entre los individuos; vale decir, no pueden ser alteradas por no estar bajo el alero de la autonomía de la voluntad personal. Se suele utilizar en leyes referentes a derechos humanos, medio ambiente, salud, seguridad pública, protección de menores y la familia, también en ámbitos donde hay fe pública, etc. La estimación de orden público, le corresponde al legislador determinarla, siempre que se entienda como un estado de bienestar social, proporcionado por el Estado, y cuando se transgrede, se produce una serie de consecuencias negativas, tanto para los miembros de la sociedad, como para el derecho mismo; el fin es la coexistencia pacífica entre la población, en que se anhela la paz pública, el orden común y la sana convivencia. Es un interés protegido por el Estado en función de la defensa de derechos y principios socialmente valiosos, por encima de aquellos particularmente legítimos, pero fundamentalmente individuales.

En una ley de orden público, normalmente se imponen órdenes, se limitan conductas, se incluyen prohibiciones y sanciones.

No obstante, partiendo de las mismas justificaciones, se podría concluir que, en el fondo, toda ley es de orden público por el solo hecho de haber sido dictada por el Parlamento, en el tanto depositario de la soberanía que le delega el soberano –el pueblo- mediante el sufragio. La Teoría del Derecho identifica tres tipos de normas: las morales, las de trato social y las jurídicas. Y mientras que las primeras y segundas comportan un grado de vínculo reducido al ámbito de la propia conciencia o al nivel de aprobación o rechazo social, realmente ni las unas ni las otras tienen carácter coercitivo, esto es, que su acatamiento no puede imponerse por la fuerza sobre el destinatario de las mismas, como sí ocurre con la norma jurídica, cuyo cumplimiento, una vez promulgada y en vigor, sí resulta obligatorio en toda regla, con consecuencias reales –patrimoniales o personales- para quien se resista a obedecerla. Que una ley disponga, por lo tanto, que la misma es de orden público, comporta una reiteración innecesaria ya que todas lo son; esta práctica de construcción normativa se estilaba hace décadas y con el pasar del tiempo, cada vez se procura más prescindir de ella ya que no se ajusta a los dictados de una correcta técnica legislativa, por lo cual recomendamos valorar su eliminación.

Respecto de su párrafo cuarto, que establece el deber de la Administración Pública de elaborar y mantener actualizado un inventario de obras de interés público, recomendamos, por razones de legalidad y seguridad jurídica, que la norma sea más explícita y se refiera a todos los órganos y entes de la Administración Pública, en general. Asimismo, sería conveniente que se contemplara la previsión en cuanto a que dicho inventario o banco de proyectos deba ser objeto de una mínima regulación, vía reglamento (ejecutivo o autónomo, en sentido amplio), y que además



de obras de interés público, incluya también los servicios mencionados en el párrafo primero del artículo 2.

En relación con el llamado *inventario* de obras y particularmente, sobre el uso de este término para referirse a lo que, salvo mejor criterio, constituiría un registro de proyectos, esta asesoría considera oportuno recomendar a los señores diputados la utilización de otra palabra más adecuada a los propósitos de la iniciativa. Con vista en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esta voz tiene dos acepciones: 1. Asiento de los bienes y demás cosas pertenecientes a una persona o comunidad, hecho con orden y precisión; 2. Papel o documento en que consta el inventario; definición que en lo medular se refiere a una lista ordenada de bienes y demás cosas valorables que pertenecen a una persona, empresa o institución. Es así que la referencia conceptual de *inventario* alude, con mayor propiedad, a un listado de *bienes, cosas o valores* que le pertenecen a alguien, en el tanto que la pretensión de los proponentes es que todas las instituciones de la Administración Pública levanten una lista de *necesidades* que, a su vez, sean susceptibles de plantearse en términos de un *proyecto* de infraestructura pública, servicios públicos o servicios vinculados a estos, por lo cual nos permitimos sugerir otra expresión, tal como registro de proyectos o bien, apelando al paralelismo con aquella que utiliza el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica²⁹ (MIDEPLAN), *banco de proyectos*, entre otras posibles.

Asimismo y con el ánimo de resguardar la coherencia sistemática y operativa del ordenamiento que rige a los distintos órganos y entes de la Administración Pública, en sentido amplio, al margen de la imperiosa necesidad de satisfacer el requisito de legalidad constitucional (artículo 11), consideramos que el párrafo cuarto del artículo de comentario debería aclarar que cualquiera de estos proyectos, obligatoriamente, deba estar relacionado con el giro o los fines de la oficina pública que pretenda ofertarlos o desarrollarlos, para lo cual nos permitimos sugerir la siguiente redacción:

“ARTÍCULO 1- Cobertura y principios

(...)

²⁹ El Banco de Proyectos de Inversión Pública (BPIP) es un componente del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) y está constituido por todos los proyectos de inversión pública, debidamente sistematizados que han elaborado las instituciones públicas como parte del cumplimiento de sus funciones legalmente establecidas, que se traducen en la programación institucional y en los procesos presupuestarios que son parte del cumplimiento de las metas establecidas en el Plan Nacional de Desarrollo. Constituye un instrumento fundamental para identificar las necesidades del Estado en materia de inversión pública, facilitando la toma de decisiones y la definición de políticas que se incorporan como parte del Plan Nacional de Inversión Pública. (www.mideplan.go.cr/banco-proyectos-inversion-publica)

*La Administración Pública debe elaborar y mantener debidamente actualizado un inventario de obras de interés público para desarrollar a corto, mediano y largo plazos. Dicho inventario es de carácter público y debe ser incluido en las páginas electrónicas y bases de datos de cada dependencia, a efecto de que posibles inversionistas o interesados tengan toda la información relacionada con esos proyectos, **los cuales deberán estar razonablemente vinculados con el giro o los fines legales del órgano o institución en particular.***
(...).”

Con el propósito de satisfacer el requisito de legalidad impuesto por el artículo 11 constitucional y en abono al principio de seguridad jurídica, consideramos que la ley debería mencionar el mínimo contenido de estos proyectos, de manera que el inventario o registro de los mismos no se convierta en una mera enumeración de necesidades o aspiraciones materiales de las entidades públicas. En este sentido, esta asesoría se toma la libertad de sugerir que los proyectos, al menos, deban consignarse en un memorial³⁰ que contenga las siguientes referencias:

- a) Título: Nombre o denominación del proyecto;
- b) Antecedentes: Breve descripción de la forma con que está o viene funcionando el ente u órgano, en el área elegida para la aplicación del proyecto;
- c) Justificación: Fundamentación de las razones del por qué es importante la realización del proyecto (interés público), destacando los beneficios que se obtendrán al solventar esa necesidad, en particular;
- d) Alcances y limitaciones: el alcance define el área o lugar específico donde se desarrollaría el proyecto, mientras que la limitación define dentro de ese lugar, la función específica de la actividad u obra a realizar; y,
- e) Presupuesto estimado: cálculo de gastos por concepto de recursos e inversiones que implica el proyecto.

Hemos de apuntar que la redacción del artículo primero, se refiere a tres disposiciones materialmente distintas que ameritarían cada una de ellas un numeral particular, ya que, en una sola disposición, además de la cobertura y principios, se establecen disposiciones sobre el inventario de obras y sobre el marco jurídico aplicable, las cuales, en atención a los dictados de una sana técnica legislativa, demandan regulación aparte e individual, por su especialidad.

Finalmente, en relación con el marco jurídico aplicable, el último párrafo dispone que esta ley, por su naturaleza especial, será aplicable a todas las relaciones jurídicas, acuerdos, actos y contratos que ella regula expresamente, disposición que salvo mejor criterio, pareciera armonizar con la salvedad prevista los artículos 2, inciso g); y 27 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995, relativo a los procedimientos de contratación:

30

ARTÍCULO 1.- Cobertura

(...)

ARTÍCULO 2.- Excepciones

Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta Ley las siguientes actividades:

(...)

g) Las actividades que resulten excluidas, de acuerdo con la ley o con los instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica.

(...).

ARTÍCULO 27.- Determinación del procedimiento

Cuando la ley no disponga un procedimiento específico en función del tipo de contrato, el procedimiento se determinará de acuerdo con las siguientes pautas:

(...)." (El subrayado es nuestro).

No obstante lo anterior, y en vista de que la propuesta, efectivamente, pareciera ajustarse a las previsiones de excepción e inaplicabilidad contempladas en la propia Ley de Contratación Administrativa, por la reserva legal que ella misma incorpora, en virtud de la cual, el legislador ordinario está habilitado para sugerir regímenes de excepción, como es el propósito de la presente iniciativa, lo más recomendable es que la redacción se refiriera expresamente a la misma, indicando que ella, por su naturaleza especial, es aplicable a la todas las relaciones jurídicas, acuerdos, actos y contratos que la misma expresamente indique, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995, y, seguidamente, referirse al régimen supletorio aplicable a falta de regulación expresa, el cual estaría compuesto por la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995 y sus reformas, y la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7792 de 14 de abril de 1998 y sus reformas.

Artículo 2.

Para empezar, creemos que la última oración del primer párrafo está de más, ya que previamente la redacción alude exactamente a lo mismo, esto es, a la construcción de infraestructura para prestar servicios públicos. Véase lo siguiente:

*"La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales los entes de la Administración Pública encarguen a una persona física o jurídica de derecho privado, nacional o extranjera, el diseño y **construcción de una infraestructura** de cualquier tipo y sus obras y **servicios asociados**; o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha obra*



pública y servicios públicos, y cualquier otro servicio de interés público. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.
(...).”

En segundo lugar, y a efecto de facilitar la lectura y aplicación de la propuesta en estudio, se recomienda que una vez hecha las referencias sobre “...los entes de la Administración Pública...” y “...una persona física o jurídica de derecho privado, nacional o extranjera”, se inserten de seguido, después de cada una de ellas, las frases “en delante, parte pública” y “en adelante, parte privada”, respectivamente y que el resto del proyecto aluda a ambas partes de la relación en tales términos. Así pues, atendidos a las razones que sustentan esta recomendación, nos permitimos sugerir que el segundo párrafo se lea:

“En estos contratos se retribuirá ~~la actividad~~ a la parte privada con el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte contractualmente, o que estén determinadas por ley”.

Finalmente, en relación con el tercer párrafo, y con fundamento en las justificaciones que sobre el presente proyecto son identificadas en su exposición de motivos, creemos que por razones de legalidad, convendría que además de los beneficios propiamente financieros, la justificación de los proyectos de alianza público privadas debieran hacer referencia a otros beneficios tales como la celeridad, la simplificación de trámites, la mayor flexibilidad de este marco normativo en comparación con los actuales que se encuentran vigentes, y demás razones de oportunidad y conveniencia. Justificación que tendría que estar presente, no sólo al momento de levantar el llamado inventario o registro de proyectos, sino también, a la hora de formalizar la selección de la parte privada, de previo a la constitución de la sociedad anónima mencionada en el artículo 22 de la presente iniciativa.

Artículo 3.

Por razones de técnica legislativa, lo procedente es que el nombre del encabezado del artículo 3 sea “*Definiciones*” y no “*Conceptos*”. Adicionalmente y con el propósito de satisfacer el requisito de legalidad, convendría incluir las definiciones de lo que debe entenderse por tres tipos de proyectos que, salvo mejor criterio, parecieran no corresponder en sentido estricto a los homónimos de construcción de infraestructura de obra pública o para servicios públicos, que serían: a) proyectos de inversión productiva; b) proyectos de investigación aplicada; y c) proyectos de innovación tecnológica, estos tres, mencionados explícitamente en el artículo 4.

Artículo 4.

Partiendo del nombre del encabezado del numeral 4, éste se refiere literalmente a proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica, sin embargo, tal y como lo señalamos con ocasión del análisis del artículo 3, no pareciera quedar clara la naturaleza de los mismos, ni mucho menos la forma de retribución o beneficio que percibiría la parte privada. Por esta razón y con el ánimo de salvaguardar los principios de legalidad y seguridad jurídica, esta asesoría sugiere que los tres sean objeto de delimitación conceptual en el 3 de cita, explicitando, además, como ideal normativo, los respectivos medios de retribución de cada una de las clases de proyectos que allí se mencionan. Asimismo, recomendamos que el encabezado omita la expresión “y/o”, pues la misma por ambigua –en la medida que introduce simultáneamente una partícula disyuntiva y otra copulativa- no resulta conteste con una adecuada técnica legislativa y en su lugar, se exprese en términos de “Proyectos de inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica”.

Además de las observaciones expresadas anteriormente, nos parece que la disposición contenida en el párrafo segundo podría entrañar la derogatoria tácita o en el mejor de los casos, la reforma implícita o sobreentendida de las leyes, que en la actualidad rigen el quehacer de todas las instituciones públicas, lo cual contravendría abiertamente el principio de legalidad tutelado en el artículo 11 constitucional y su homónimo 11 de la Ley General de la Administración Pública, además de que en la práctica, eventualmente daría pie para que un ente u órgano público invada las competencias naturales de otro, como ocurriría, por ejemplo, si la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE) o el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), al amparo de esta autorización genérica, decidieran involucrarse en un proyecto de investigación para mejorar el tratamiento de aguas negras en lagunas de oxidación, lo cual objetivamente supondría en particular una invasión de las competencias que la Ley N° 2726 de 14 de abril de 1961 tiene reservadas al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y en general, el riesgo de poner en entredicho el cumplimiento de los fines específicos que el legislador le confió a las instituciones públicas.

Por las motivaciones expresadas, esta asesoría se permite recomendar que la disposición del párrafo primero establezca, en el mismo sentido de la respetuosa sugerencia que hicimos con ocasión del análisis del párrafo cuarto del artículo 1°, la obligación de que los proyectos deban estar vinculados con los fines legales del órgano o ente, en particular ofrecemos la siguiente redacción:

“ARTÍCULO 4- Proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica

*También podrán ser proyectos de alianza público–privada los que se realicen en los términos de esta ley, con cualquier esquema de alianza para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada o de innovación tecnológica, **los cuales deberán estar razonablemente vinculados con el giro o los fines legales del órgano o institución en particular.***
(...).”

Artículo 5.

Antes de compartir nuestras observaciones sobre el presente artículo, consideramos oportuno sugerir a los señores diputados refundir los capítulos I y II en uno solo, que bien podría denominarse “Disposiciones Generales”, pues ambos comparten la misma unidad temática. Sin embargo y a propósito, específicamente, del artículo 5 “Reglamentación”, conviene recordar que por su naturaleza, se trata de una disposición de tipo transitorio e debería ubicarse al final del proyecto, como corresponde en estos casos.

Este numeral, en lo medular, establece una remisión reglamentaria amplia, disponiendo que cada uno de los órganos y entes de la Administración deberán elaborar sus propios reglamentos internos a efecto de poder realizar las alianzas público privadas contempladas en esta ley, adaptándolos a sus propias realidades y particularidades, con el propósito de garantizar su óptima implementación y los mejores estándares de calidad. En tal sentido, algo que deben considerar los señores diputados es que técnicamente deberán dictarse tantos reglamentos como órganos y entes existen en la Administración Pública, lo cual podría ser no muy razonable, además de que el Poder Ejecutivo deberá emitir el respectivo reglamento para sus órganos, con base en lo dispuesto en el artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política, con lo cual habrá que contar con un considerable grado de dispersión normativa, no necesariamente perjudicial, valga la aclaración, aunque de difícil consecución, pues la voluntad de los proponentes –a pesar de no mencionarlo explícitamente en la exposición de motivos- pareciera ir en el sentido de promover una suerte de ley marco, la cual necesariamente demandaría plurales regulaciones vía reglamentaria para poder implementarse correctamente, las cuales vendrían a normar hechos y relaciones jurídicas, muchas de las cuales actualmente están establecidas con rango de ley ordinaria.

A título de ejemplo, la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995, únicamente al procedimiento de contratación, le dedica la totalidad de su Capítulo VI (28 artículos); y la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762 del 14 de abril de 1998, al proceso de concesión como tal (licitación y adjudicación, etapas del contrato, régimen económico del contrato, régimen sancionatorio, y plazos, suspensión y extinción de la concesión) le dedica 46 artículos (del 20 al 66, de una ley que cuenta con un total de 68 artículos o disposiciones, sin contar las derogatorias y sus transitorios). En contraste con la prolijidad de este desarrollo normativo, lo que sería la Ley para el Desarrollo,

Fomento y Gestión de las Alianzas Público-Privadas, contendría únicamente 7 artículos para referirse al contrato (del 18 al 25), observación que se permite hacer esta asesoría únicamente a efecto de que las señorías sean capaces de dimensionar el impacto de la nueva realidad jurídica, en la cual, como se apuntó supra, la mayoría de extremos que actualmente están regulados en la ley ordinaria, serían objeto de desarrollo reglamentario, lo cual merece nuestras dudas.

Además de lo anterior, resulta imperioso advertir sobre una consecuencia práctica pero trascendente de la iniciativa de marras, sobre la hermenéutica de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la aprobación de la misma comportaría, de facto, sustraer buena parte de los mecanismos de contratación administrativa y concesión de obra pública del actual bloque de legalidad (Ley de Contratación Administrativa y Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, básicamente), en la medida que como se señaló, la mayoría de los extremos y demás detalles relativos a los contratos de alianzas público-privadas se regularían dispersamente, vía reglamento, en una cantidad considerable de éstos, sin mencionar que el régimen de resolución de conflictos en la materia también quedaría al margen de la jurisdicción contencioso administrativa (ver comentario sobre el artículo 32).

Deben tomar en cuenta las y los señores diputados de esta particularidad, pues en último término será apelando a criterios de oportunidad y conveniencia política que este Parlamento deberá decidir si tal panorama, en su juicio, satisface responsablemente el principio de legalidad constitucional, observación que esta asesoría considera de primer orden y obligada mención.

De otra suerte, esta asesoría considera oportuno referirse a los alcances de las materias y demás extremos que serían objeto de desarrollo reglamentario, ya que en materia de regulaciones y tramitología, para toda la Administración Pública resultan de observancia obligatoria las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, N° 8220 de 4 de marzo de 2002, que en lo que respecta al ámbito de aplicación, establece:

“Artículo 1º-Ámbito de aplicación. *La presente Ley es aplicable a toda la Administración Pública, central y descentralizada, incluso instituciones autónomas y semiautónomas, órganos con personalidad jurídica instrumental, entes públicos no estatales, municipalidades y empresas públicas. Se exceptúan de su aplicación los trámites y procedimientos en materia de defensa del Estado y seguridad nacional.*

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por administrado a toda persona física o jurídica que, en el ejercicio de su derecho de petición, información y/o derecho o acceso a la justicia administrativa, se dirija a la Administración Pública.”

Valga la aclaración, porque la supracitada Ley N° 8220 contiene reglas y criterios unívocos, entre otros, en los siguientes temas:

- *Presentación de documentos;*
- *Respeto de competencias interinstitucionales;*
- *Publicidad de los trámites y sujeción a la ley;*
- *Obligación de informar a los particulares sobre el estado de los trámites que le afectan;*
- *Respeto al plazo y calificación únicos;*
- *Silencio positivo;*
- *Única instancia administrativa;*
- *Responsabilidad de la Administración y del funcionario;*
- *Obligación de realizar una evaluación costo-beneficio de previo a emitir cualquier nueva regulación; y,*
- *Rectoría del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) en la materia, por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria*

Artículo 6.

Lo primero que observamos es una imprecisión conceptual, ya que el numeral 6 establece, textualmente, que “*Los actos regulados en la presente ley podrán realizarse a través de las plataformas electrónicas oficiales establecidas al efecto, con tecnologías que resguarden la admisibilidad, la confidencialidad, la inviolabilidad de la información, la transparencia, la libre competencia, la igualdad, el libre acceso, la integridad, la neutralidad, la seguridad y la consistencia*”, disposición que en sí misma deviene equivocada por cuanto, en su literalidad, objetivamente ninguna obra de infraestructura puede materializarse a través de plataformas electrónicas, con lo cual debemos entender que, salvo mejor criterio, el artículo en cuestión se está refiriendo a los medios de comunicación válidos entre las partes del contrato relativos a actos del procedimiento, en cuyo caso, el encabezado debería cambiarse por otro similar al del artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa, lo mismo que la redacción de su primer párrafo, para lo cual sugerimos la siguiente redacción:

*“ARTÍCULO 6- ~~Use de tecnologías de la información~~ Comunicación por medios electrónicos
~~Los actos regulados en la presente ley~~ La comunicación de los actos de procedimiento y el suministro o intercambio de información relevante, podrán realizarse a través de las plataformas electrónicas oficiales establecidas al efecto, con tecnologías que resguarden la admisibilidad, la confidencialidad, la inviolabilidad de la información, la transparencia, la libre competencia, la igualdad, el libre acceso, la integridad, la neutralidad, la seguridad y la consistencia.
(Lo demás igual).”*

Artículo 7.

Por razones de seguridad jurídica y en resguardo del principio de legalidad consagrado en el artículo 11 constitucional, es importante que la norma que se refiere a la retribución de la parte privada guarde armonía con el resto de la iniciativa. De una primera lectura de ésta, da la impresión que la causa de tal retribución está limitada a percibir ganancias a partir de la explotación del proyecto, siendo que de conformidad con el artículo 1°, el contrato de alianza puede estar limitado a la construcción de infraestructura, de modo que el primer párrafo del numeral 7 debería aludir con claridad al *“derecho de la parte privada a percibir ingresos por la construcción de las obras de infraestructura pública o de la explotación de los servicios autorizados en la presente ley, se condicionará en función de la disponibilidad de la obra, del cumplimiento de las cláusulas del contrato y de los deberes y requisitos establecidos en la presente ley, así como de las disposiciones accesorias y complementarias a los mismos que determinen los reglamentos institucionales, en particular.”* Valga la recomendación, ya que el texto actual no resulta del todo explícito y en sujeción al principio de legalidad, los reglamentos institucionales a que se refiere el artículo 5, en buena lid, no podrían exigir más requisitos que los fijados genéricamente por la ley ordinaria, puesto que su función no es crear normativa sino adecuarla a la realidad y giros de los órganos y entes de la Administración Pública.

En relación al segundo párrafo de este artículo, nos permitimos sugerir una redacción más precisa y por lo tanto, que garantice la mayor seguridad jurídica posible, partiendo de lo que, en el fondo, persigue la constitución de una alianza público-privada, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 1 y 4 del proyecto (sobre este último, ya apuntamos nuestras reservas y recomendaciones en su respectivo comentario), de manera que los únicos modos posibles de retribución serían:

- a) la percepción del precio pactado, cuando se trate de la construcción de una obra de infraestructura;
- b) el pago del precio y la participación en los eventuales beneficios derivados de su gestión, cuando se trate de proyectos de desarrollo de infraestructura pública en conjunto con la prestación de servicios vinculados a éstos, que serían proporcionales al porcentaje de participación en la sociedad creada al efecto;
- c) solamente la percepción de la parte proporcional de los beneficios derivados de la gestión del servicio, en caso de que la alianza estuviera circunscrita a la prestación de un servicio público o bien,
- d) la participación en tarifas por servicios públicos.

Finalmente, al contemplar la posibilidad de “participación en tarifas por servicios públicos” y a pesar de que la propuesta no lo menciona, debe tenerse presente que

esta materia está regulada, de modo exclusivo, en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996 y en tal sentido, no hay que perder de vista que el artículo 1 del proyecto contempla los servicios públicos como posible objeto de una alianza público-privada. En criterio del Departamento de Servicios Técnicos, la ausencia de regulación expresa en esta materia dentro del proyecto (prestación de servicios públicos), suscita niveles de inseguridad jurídica que podrían contravenir el principio de legalidad constitucional, ya que si bien es cierto, en caso de aprobarse, el nuevo instrumento sería posterior a la Ley 7593 de cita, también lo es que ésta es de carácter especial y por lo tanto, prevalecería en todo lo relativo a la prestación de servicios públicos sobre el nuevo marco de alianzas público-privadas. En abono de lo dicho, considérese que la supracitada ley 7593 ni siquiera se menciona en el artículo 1° del presente proyecto, dentro del régimen que se aplicaría supletoriamente a falta de regulación expresa, con lo cual, hacemos un respetuoso llamado de atención a los señores diputados a efecto de replantearse si, efectivamente, la propuesta en estudio –tal y como está redactada- fortalece la seguridad jurídica o si por el contrario, la debilita en la medida en que peque por omisa, lo que promovería los nunca deseables dobleces de interpretación y superposición normativa.

La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996 establece plurales disposiciones, a partir de las cuales es posible extraer algunas conclusiones provisionales a considerar, ya que este proyecto en caso de aprobarse supondría una suerte de derogatoria tácita hacia la misma, derogatoria sobre la cual haremos oportuna referencia:

“Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

- a) (...)
- b) (...)
- c) *Prestador de servicio público. Sujeto público o privado que presta servicios públicos por concesión, permiso o ley.*
- d) (...).”

“Artículo 4.- Objetivos

Son objetivos fundamentales de la Autoridad Reguladora:

- a) *Armonizar los intereses de los consumidores, usuarios y prestadores de los servicios públicos definidos en esta ley y los que se definan en el futuro.*
(...).”

“Artículo 5.- Funciones

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

- a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización.
- b) (Así derogado este inciso por el artículo 42 de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008)
- c) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las aguas residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes.
- d) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.
- e) Riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso.
- f) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.
- g) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.
- h) Transporte de carga por ferrocarril.
- i) Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.

La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:

Inciso a): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso c): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso d.2): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso e): Ministerio del Ambiente y Energía.

Inciso f): Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Inciso g): Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica e Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, respectivamente.

Inciso h): Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

Inciso i): Las municipalidades.

En el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de aguas para riego deberá incluirse la obligación del usuario de aplicar las técnicas adecuadas de manejo de agua, a fin de evitar la degradación del recurso suelo, ya sea por erosión, revenimiento, salinización, hidromorfismo y otros efectos perjudiciales.”

“Artículo 9.- Concesión o permiso

Para ser prestador de los servicios públicos, a que se refiere esta ley, deberá obtenerse la respectiva concesión o el permiso del ente público competente en la materia, según lo dispuesto en el artículo 5 de esta ley. Se exceptúan de esta obligación las instituciones y empresas públicas que, por mandato legal, prestan cualquiera de estos servicios. Sin embargo, todos los prestadores estarán sometidos a esta ley y sus reglamentos.



La Autoridad Reguladora continuará ejerciendo la competencia que la Ley No. 7200 y sus reformas, del 28 de setiembre de 1990, le otorgan al Servicio Nacional de Electricidad.

Ningún prestador de un servicio público de los descritos en el artículo 5 de esta Ley, podrá prestar el servicio, si no cuenta con una tarifa o un precio previamente fijado por la Autoridad Reguladora.

Conclusiones:

- Todos los sujetos privados que brinden servicios públicos a partir de una alianza público-privada, se consideran prestadores del mismo, para los efectos de la Ley 7593;
- Es objetivo de la ARESEP armonizar los intereses de los consumidores y usuarios, con los homónimos de los prestadores de los servicios establecidos en su ley constitutiva, así como de los que se definan en el futuro, con lo cual había que incluir, salvo que el legislador disponga lo contrario, aquellos prestados al amparo de una alianza público-privada;
- La ARESEP es el órgano con competencia para fijar precios y tarifas de todos los servicios públicos enumerados en el artículo 5 y salvo mejor criterio, porque la propuesta en estudio es omisa en tal sentido- la autorización para prestarlos debe otorgarla uno de los órganos allí citados, y no cualquiera, como ocurriría en caso de aprobarse la iniciativa tal cual está;
- Si este proyecto no hace la salvedad expresa, en el sentido de sustraer de los alcances de la ley 7593 algunos o todos los servicios públicos mencionados en el artículo 5 ante transcrito que se lleguen a prestar vía alianza público-privada, éstos quedarían sometidos a dicho cuerpo normativo y su reglamento, incluida la obligación de contar con una concesión o permiso del respectivo órgano rector y la fijación de su tarifa, de manera que no podrían ser objeto de negociación contractual, como es la pretensión del presente proyecto.

Artículo 8.

En primer lugar, observamos una preocupante falta de precisión en lo que respecta a la definición de los plazos contractuales, ya que el párrafo primero se limita a disponer que éstos se definirán en función del modelo de negocio que se prevea, sin proporcionar parámetro alguno, lo cual en nuestro criterio **no satisface el requisito de legalidad constitucional.**

De otra suerte, esta asesoría no tiene más comentarios, salvo en lo que respecta, nuevamente, al caso de prestación de servicios públicos bajo la modalidad de una alianza público-privada, ya que la propuesta, por omisa, no consideró figuras como la caducidad o bien, la suspensión del proceso de otorgamiento del permiso o

concesión en caso de posible perjuicio a nuestros recursos naturales, como sí lo hace la ley 7593 en sus artículos 15 y 17, respectivamente, las cuales en nuestro juicio deberían ser consideradas por los señores diputados, ya que como lo hemos venido manifestando, no existe certeza sobre cuál o cuáles partes de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) resultaría de aplicación supletoria o bien, si los nuevos servicios públicos prestados a partir de estas alianzas resultarían excluidos de la ley 7593 de marras.

Artículo 10.

El encabezado de este numeral luce un tanto impreciso, ya que literalmente se refiere al sistema abierto o de precalificación e ignoramos si “o” tiene carácter copulativo o disyuntivo, esto es, no parece quedar claro si el sistema de precalificación y el sistema abierto se están utilizando como sinónimos, puesto que el primer párrafo únicamente alude al segundo o bien, si se trata de dos sistemas distintos, en cuyo caso habría que hacer la aclaración respectiva, a efecto de brindar un mínimo de seguridad jurídica.

Y también, apelando a consideraciones de seguridad jurídica, creemos que la redacción actual no favorece una interpretación unívoca de la norma, ya que pareciera que la utilización del sistema de precalificación es optativo, cuando se refiere a éste en términos de “*podrá*”, pero, por otro lado, no establece parámetros ciertos para utilizarlo o descartarlo; asimismo, remite genéricamente a “*...las condiciones que al afecto establezca esta ley, su reglamento y otros reglamentos complementarios*”, redacción que en nuestra opinión resulta lesiva al principio de legalidad constitucional, ya que revisado el texto completo de la propuesta, comprobamos que este es el único artículo que alude al mencionado sistema de precalificación, o dicho con otras palabras, en materia de precalificaciones se remite el operador jurídico a los términos de la ley, pero resulta que ésta es completamente omisa respecto de este extremo.

Artículo 11.

Establece los requisitos para iniciar procesos de selección para la ejecución de proyectos de alianza público-privada de iniciativa pública, y en lo conducente, reza:

*“ARTÍCULO 11- Requisitos para iniciar procesos de selección para la ejecución de proyectos de alianza público-privada, de iniciativa pública
En los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública, sin perjuicio de otras condiciones que se establezcan mediante reglamento, la entidad promovente exigirá:*

- a) (...)*
- b) (...)*
- c) (...)*
- d) (...)*

- e) (...)
- f) (...)
- g) (...)
- h) (...)
- i) (...)
- j) (...)

Si se presentaran objeciones, observaciones o denegatorias, la administración solicitante podrá completar, sanear, convalidar o convertir las omisiones o nulidades en un plazo de quince días naturales posteriores a la comunicación.
(El subrayado es nuestro).

La primera observación que deseamos hacer se refiere a la pretensión de que el Reglamento –no sabemos si se trata del Reglamento Ejecutivo o de los reglamentos institucionales- imponga más requisitos que los contemplados en la ley ordinaria, pretensión que, salvo mejor criterio, viola en principio de legalidad y de reserva de ley consagrado en el artículo 11 constitucional y definitivamente, resulta contraria al fin de dotar a la norma de un mínimo de seguridad jurídica, al margen de las complicaciones operativas que semejante estado de cosas podría suponer, ya que los procesos podrían impugnarse por casi cualquier motivo y resultaría muy difícil consolidar la materialidad del proyecto como tal.

Desde otra perspectiva, la utilización de la expresión “condiciones” resulta imprecisa, ya que, en sentido estricto, la condición, junto con el término o plazo, y el modo o cargo, constituyen los llamados tres elementos accidentales de un contrato (los esenciales son cuatro, sujeto, objeto, vínculo y causa), siendo que lo correcto sería que la disposición se refiriera específicamente a “requisitos”.

En segundo lugar, consideramos que el último párrafo adolece de imprecisión o incoherencia, pues de su lectura parece desprenderse el deber de la administración solicitante de subsanar, por su cuenta, las objeciones, observaciones o denegatorias que ella misma le comunicó al que, salvo mejor criterio, suponemos el oferente o parte privada, disposición que además de escapar de nuestra comprensión, resulta en una inconsistencia en toda regla. Ahora bien, si la intención de los proponentes es que, a pesar de las objeciones, observaciones o denegatorias, la administración solicitante, por causa del interés superior de ella en formalizar la selección, con vista a la posterior celebración del respectivo contrato, se reserve el derecho de subsanar las omisiones o nulidades en que haya incurrido la parte privada, así debería consignarse. De cualquier manera, se trata de una disposición que, en sus últimas consecuencias, debe ser valorada por los señores diputados en atención a criterios de oportunidad y conveniencia política, aunque sujeta, ojalá, a las observaciones antes dichas.

Artículo 12.

No nos merece ningún comentario, en particular, más allá de reiterar lo señalado en relación con la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), ya que a pesar de que ésta es la autoridad competente en todo lo relacionado con las tarifas por servicios públicos, este numeral únicamente establece que se deberá seleccionar el ofrecimiento más favorable a los intereses públicos y colectivos, siendo que el inciso b) alude textualmente a ellas, por lo cual nos permitimos recomendar que tratándose de proyectos de alianzas público-privadas cuyo objeto sea prestar un servicio público de los mencionados en el artículo 5 de la mencionada Ley 7593, las tarifas deban ser fijadas por la ARESEP y si no es por esta Autoridad, debe indicarse con claridad quién las determinaría, que a los efectos no hay otra más que ésta.

Artículo 13.

El párrafo séptimo dispone, literalmente:

*“ARTÍCULO 13- Estructuración de proyectos por agentes privados
(...)
En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración jurada.
(...)”.*

A partir de la redacción, es posible inferir que la voluntad de los proponentes es que el estudio de factibilidad se haga acompañar de una declaración jurada con todas las formalidades exigidas por las correctas prácticas notariales, de modo que merezca fe pública, en el sentido estricto y además, debemos suponer que dicha declaración debe ser rendida, salvo mejor criterio, por el representante legal o apoderado de la parte privada actuando a nombre y por cuenta de ésta. No obstante, así no lo dispone la redacción actual, de modo que, a efecto de brindar mayor claridad y precisión, esta asesoría se permite sugerir la siguiente:

*“ARTÍCULO 13- Estructuración de proyectos por agentes privados
(...)
El respectivo estudio de factibilidad se presentará junto con una declaración jurada ante notario público y protocolizada, rendida por el representante legal de la parte privada o su legítimo apoderado con facultades suficientes a tal efecto, en la cual éste declarará bajo la fe y gravedad del juramento, que toda la información que le ha suministrado a la parte pública es veraz y completa, esto es, toda de la que dispone sobre el proyecto.
(...)”.*

Artículo 15.

En vista de que objetivamente hay dos únicas etapas a superar, reducidas a la presentación de igual número de estudios, pre-factibilidad y factibilidad, lo más recomendable por razones de seguridad jurídica es que la redacción se ajuste a la nomenclatura utilizada por el proyecto. Misma observación respecto de la terminología jurídica, ya que, si por ejemplo, el párrafo primero se refiere a un plazo, el segundo debería expresarse en consecuencia con aquél; asimismo, para evitar confusiones, lo aconsejable sería que si lo que se pretende es autorizar a la administración competente a tercerizar la evaluación del estudio de factibilidad, así se disponga y no, estableciendo que “...*Este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. (...)*”, para que no se confunda con el estudio de factibilidad en sentido estricto.

En cuanto a la posibilidad de prórroga, recomendamos que quede claro que la misma procedería a solicitud de la parte privada o por decisión unilateral de la administración competente, siempre y cuando la misma se requiera dentro de plazo y que finalmente la administración se reserve el derecho de autorizarla, en caso de que sea a petición de la parte privada.

El párrafo tercero reza que la aceptación de la propuesta con sus condiciones se notificará al proponente y que en el mismo acto “se determinará y aceptará el valor de los estudios realizados”, redacción que sugerimos considerar, ya que pareciera que la administración estaría reconociendo y, de alguna manera, asumiendo el costo de los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, lo cual no creemos que se corresponda con la voluntad real de los proponentes. Siendo así las cosas, nos parece que la disposición debería limitarse a decir que “*La aceptación de la propuesta con sus condiciones se notificará al proponente.*”, ya que la misma se instrumentalizaría en forma de resolución razonada y al final de cuentas, al validar o aprobar el proyecto, se sobreentiende que tal aceptación incluye la aprobación del estudio de factibilidad.

Sobre la posibilidad de que la administración, a pesar de haber rechazado definitivamente un proyecto, adquiera algunos de sus insumos e estudios por considerarlo útil y conveniente en razón de su giro funcional, debería aclararse que tal adquisición operaría, siempre y cuando la parte privada lo consienta de forma expresa, bien a título gratuito o por el contrario, a cambio de un precio. En tal caso, echamos en falta alguna referencia relativa a la fijación de un parámetro de tal precio, pues la propuesta como tal es omisa al respecto.

Artículo 16.

La primera observación que debemos realizar es sobre la redacción del numeral 16, pues en nuestra opinión resulta materialmente imposible inferir de la misma el sentido de lo que se está proponiendo. Para empezar, el párrafo primero menciona a una tercera parte del negocio, el llamado contratista, cuya participación y naturaleza pareciera desentendida o desvinculada de uno de los principales objetivos del presente proyecto, cual es promover un régimen de contratación a partir de alianzas público-privadas, al margen de las limitaciones y rigideces de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, de 2 de mayo de 1995 (basada en la figura de la licitación pública, por excelencia), además de que da la impresión que el *contratista* que allí se menciona y el proponente -en este caso, el sujeto privado que por su cuenta le *propone* un proyecto a algún ente u órgano de la Administración- son dos personas distintas.

Sobre la eventual falta de correspondencia material que mencionamos líneas arriba, entre la propuesta de marras que se presenta como algo novedoso y el régimen de contratación vigente, nos parece que la precalificación que se insinúa, como figura jurídica, más bien guarda correspondencia con el trámite ordinario de los procesos de contratación administrativa previstos en el artículo 182 constitucional, donde luce hasta congruente con la naturaleza de las licitaciones, no así con las regulaciones que se están sugiriendo, en particular, con esta especie de alianza, que es de iniciativa privada. Por tal razón no conseguimos comprender el sentido del párrafo segundo, a partir del cual se colige que en caso de que un *interesado* no haya resultado, finalmente, elegido para la ejecución de un proyecto de su iniciativa, tendrá derecho de exigir del *adjudicatario* el valor estimado –por la administración- de los estudios realizados para la elaboración del proyecto, ya que hasta donde entendíamos, el proponente interesado y el adjudicatario –en caso de resultar electo- eran la misma persona.

Artículo 17.

Se refiere, según su encabezado, a las causales que podría invocar la Administración para declarar inadmisibles una propuesta de proyecto de parte de un sujeto de derecho privado. No obstante y a pesar de que los incisos a) y b) sí parecen adecuarse conceptualmente a una causal de inadmisibilidad esto es, una razón para rechazar la oferta que se plantea por primera vez al órgano o ente público de que se trate, consideramos que **los incisos c) y d)** contemplan más bien causales de caducidad y de suspensión del proceso de adjudicación, respectivamente, figuras jurídicas que sobrevienen una vez que el proyecto ya ha sido aprobado y está en marcha, o bien, cuando se encuentra en proceso de análisis de previo a su adjudicación definitiva, por lo cual deberían de regularse

separadamente. A título de ejemplo, los artículos 15 y 17 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996 sí cuentan con previsiones específicas en materia de caducidad y de suspensión del proceso de adjudicación, eso sí, en este último caso, circunscrita a la finalidad de prevenir un posible perjuicio grave contra los recursos naturales:

“Artículo 15.- Caducidad

Sin perjuicio de las causales de caducidad establecidas en leyes especiales de los entes que otorguen las autorizaciones para explotar los servicios públicos, serán causales de caducidad, las siguientes:

a) La renuncia del prestador, sin perjuicio de las responsabilidades que le correspondan.

b) Fuerza mayor o caso fortuito que altere las condiciones básicas de la concesión o el permiso, de acuerdo con el Código Civil.

c) La pérdida decidida por la Asamblea Legislativa, de la condición de servicio público de la labor que se realiza.

(...)

Artículo 17.- Suspensión del proceso

El ente que otorgue la concesión o el permiso podrá suspender el proceso de otorgamiento de explotación de un servicio público hasta por un plazo de tres meses, cuando se demuestre un posible perjuicio grave sobre los recursos naturales, previo criterio del Ministerio del Ambiente y Energía. Dentro de este plazo, el solicitante podrá proponer un proyecto alternativo; de lo contrario, la solicitud se tendrá por denegada.” (El subrayado es nuestro)

Artículo 18.

Nuevamente deseamos llamar la atención a los señores diputados a fin de que consideren si esta clase de regulaciones satisfacen, efectivamente, el requisito de legalidad constitucional y en qué medida van en abono o en detrimento del principio de seguridad jurídica, ya que toda la propuesta se presenta bajo la forma de una suerte de ley marco, con términos de referencia tan amplios y abiertos que necesariamente suscitan algún grado de aprensión a esta asesoría. En tal sentido, nótese que será vía reglamento –no se aclara si sería el Reglamento Ejecutivo o bien, los reglamentos institucionales particulares- que se definirán los diversos tipos contractuales, además de que pareciera que la disposición de comentario no consideró el caso de prestación de los servicios públicos contemplados en el artículo 5 de la Ley de Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996, ni tampoco que el numeral 9 de este cuerpo legal dispone con claridad meridiana que para prestar estos servicios, se debe obtener la respectiva concesión o permiso. Todo el artículo debería ser revisado.

Artículo 19.

Este artículo contiene los elementos mínimos que debe contemplar un contrato de alianza público-privada (APP) y sobre el mismo, haremos las siguientes observaciones puntuales:

Inciso e).- El precio. Se refiere al precio, sin considerar que la retribución por su participación en la APP podría ser a partir de la tarifa que se cobre, en el caso de servicios públicos, cuya fijación es competencia de la ARESEP (artículo 31 Ley 7593);

Inciso n).- Las causales de revisión, modificación, redistribución de riesgos y extinción. En criterio de esta asesoría, este inciso entremezcla distintas clases de causales y en particular, llamamos la atención sobre las últimas –extinción-, ya que ni siquiera hace referencia particular alguna a éstas y lo delicado de todo esto tiene que ver con un asunto de seguridad jurídica, ya que el operador jurídico no dispondrá de criterios objetivos en el orden de determinar con certeza el régimen aplicable cuando la alianza público-privada se perfeccione con el objeto de prestar un servicio público.

En este sentido, el artículo 1° del proyecto al referirse a la legislación que se aplicaría supletoriamente, únicamente contempló la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762 del 14 de abril de 1998; la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 del 02 de mayo de 1995; y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, N° 8131 de 18 de setiembre de 2001, en lo que se refiere a principios y disposiciones generales de administración financiera, no así respecto de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996, la que contiene disposiciones expresas en materia de caducidad (art. 15), suspensión del proceso (art. 17), revocatoria de la concesión (art. 41) y el cierre de empresas que presten servicios públicos al margen de la ley (art. 44). Así las cosas, esta asesoría, en atención a los dictados de una correcta técnica legislativa recomienda que todas las causales de extinción de las alianzas público-privadas se agrupen en un solo artículo o bien, que se reserve un capítulo para detallarlas en forma individual.

El **párrafo final** establece que, del valor total de cada proyecto, deberá disponerse de un monto de un uno por ciento (1%), el cual será utilizado para que el Consejo Nacional de Concesiones (CNC) capacite a funcionarios y asesores técnicos, internos y externos en las materias relacionada con las alianzas público-privadas. No obstante, la disposición es completamente omisa respecto de plurales extremos, porque no hace distinción entre los dos posibles tipos de alianzas (de iniciativa pública o de iniciativa privada). Tampoco hay claridad sobre a cuál de las dos partes

de la alianza le correspondería hacer el pago, o de qué manera se materializaría el traslado de esos recursos, ni si existiría la posibilidad de descontarlo posteriormente vía precios o tarifas, porque de lo contrario estaríamos ante una carga o exacción imposible de compensar o recuperar, opción que, en caso de resultar cierta, debería valorarse a la luz del parámetro de razonabilidad.

Al respecto, convendría considerar que tratándose de servicios públicos, la ley 7593, en sus artículos 2 y 32, incisos b) y c), prohíbe que las tasas, tarifas o precios de los servicios públicos incluyan ningún componente destinado a financiar gastos o inversiones en entes públicos, con lo cual esta transferencia de recursos en favor del CNC estaría proscrita –por tratarse de legislación especial- mientras el legislador ordinario no practique la respectiva reforma en la 7593 de cita o bien, haga la salvedad expresa de que la regla en cuestión no sería de aplicación en el caso de las alianzas público-privadas cuyo objeto coincida con la prestación de los servicios públicos actualmente regulados por la ARESEP:

“Artículo 2.- Prohibición:

1. Excepto mediante tributos establecidos por ley, las tarifas, precios y las tasas de los servicios públicos no podrán incluir ningún componente destinado al financiamiento de gastos o de inversiones en entes públicos o privados distintos del prestador del servicio público correspondiente.

2. La Autoridad Reguladora no podrá recibir de los prestadores de los servicios públicos, ningún tipo de ayuda ni contribución en efectivo o en especie, aparte de los cánones que esta Ley establece.

Artículo 32.- Costos sin considerar

No se aceptarán como costos de las empresas reguladas:

a) (...).

b) Las erogaciones innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público.

c) Las contribuciones, los gastos, las inversiones y deudas incurridas por actividades ajenas a la administración, la operación o el mantenimiento de la actividad regulada.

Artículo 20.

El inciso 3) establece que la Administración podrá suplir la actividad de contratista por causas de fuerza mayor, caso fortuito, estado de necesidad, así como ante su incumplimiento, con lo cual no nos encontramos ante una disposición estrictamente relacionada con modificación o revisión de un contrato, sino con la extinción del mismo y como lo apuntamos supra, lo más recomendable es que todas las causales de extinción de la alianza público-privada se ordenen en un solo artículo. El tercero, en particular, lo que contempla es la figura del llamado rescate, que se da cuando por diversas razones, -básicamente, apelando al interés público por la de asegurar la continuidad del servicio- la Administración se ve en la obligación de cancelar el permiso o concesión a un tercero que hasta ese momento, se encontraba en situación de concesionario o prestando un servicio público y ya no puede continuar

haciéndolo por consideraciones técnico-financieras sobrevenidas, incumple gravemente con sus obligaciones o sencillamente renuncia a seguirlo prestando, de modo que aquélla asume la actividad en primera persona hasta encontrar un nuevo permisionario o concesionario de la misma.

Esta asesoría considera que a efecto de satisfacer el requisito de legalidad y en aras de promover mayor seguridad jurídica, las causales del rescate contemplado en el inciso 3) de comentario, deberían detallarse, como lo hace el artículo 22 de la ley 7593 (ARESEP), y los 15,17 y 68 de la 7762 (Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos):

- a) Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996.-

*“Artículo 22.- Entes encargados de prestar servicios
Cuando una concesión o un permiso se declare caduco o se revoque, por las causales establecidas en los artículos 15 y 41 de esta ley, el ente que otorgó la concesión o el permiso o el que aquí se disponga, asumirá la prestación del servicio público, únicamente mientras se otorga de nuevo. Asumirán estos servicios:*

(...).” (El subrayado es nuestro)

- b) Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762 del 14 de abril de 1998.-

*“ARTÍCULO 15.- Derechos
Son derechos de la Administración concedente:*

***a)** Modificar, por razones de interés público, las características de las obras concesionadas y los servicios de la concesión.*

***b)** Acordar, respetando las reglas del debido proceso, el rescate de la concesión cuando así lo impongan razones de interés público. En los casos de los incisos b), c) y d) del artículo 60.1, antes de entrar en posesión de la concesión rescatada, la Administración concedente deberá indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios causados, los cuales se determinarán conforme a la cláusula arbitral citada en el artículo 39 de esta ley.*

***c)** Los demás derechos comprendidos en esta ley o derivados del contrato de concesión.*

ARTÍCULO 17.-Derechos

El concesionario tendrá los siguientes derechos:

***a)** (...)*

***b)** (...)*

***c)** (...)*

***d)** Plantear ante la Administración concedente el reclamo pertinente cuando se encuentre en un caso de imposibilidad de cumplimiento, por medidas generales o económicas adoptadas por los poderes del Estado con posterioridad al*

contrato; para ello se estará sujeto a lo que disponga en la cláusula arbitral del contrato de concesión.

En esos casos, el concesionario estará obligado a demostrar, a la Administración concedente, la verdad real de la causa que le imposibilita el cumplimiento. Mientras tanto, deberá continuar brindando el servicio público. La Administración concedente tendrá un plazo improrrogable de quince días hábiles para resolver; comprobada la causa, estará obligada a acordar el rescate de la concesión.

e) (...)

f) (...)

g) (...)

h) (...)" (El subrayado es nuestro)

Artículo 22.

Se refiere a la necesidad de crear una sociedad mercantil, entre la entidad pública y el sujeto o parte privada, una sociedad anónima, específicamente. No obstante, y apelando a razones de seguridad jurídica y respeto hacia el principio de legalidad, recomendamos que la norma disponga expresamente en su parte dispositiva, que el establecimiento de una alianza público-privada obliga a la constitución de una sociedad anónima mercantil, que en todo se regirá por las disposiciones contenidas en la legislación mercantil común. Además, debe estipular con claridad que el objeto social se limitará al desarrollo o actividad vinculada con el proyecto y, asimismo, que el plazo social será definido de mutuo acuerdo entre partes, de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 8 de la iniciativa.

Esta asesoría no tiene ninguna otra observación en relación con la disposición de comentario, ya que se trata de un asunto que tendrán que decidir los señores diputados apelando a criterios de oportunidad y conveniencia política; sin embargo, conviene que las señorías consideren el alcance y consecuencias de la misma, pues aprobar esta nueva ley supondría romper con la línea que ha marcado la Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, N° 8828 de 29 de abril de 2010, mediante la cual se define, como atribución de los concejos municipales, autorizar la constitución de Sociedades Públicas de Economía Mixta, (SPEM), cuya finalidad es "... *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 municipios*", en un sentido prácticamente equivalente a las alianzas público-privadas.

De nuestra parte, consideramos oportuno que las señorías tomen en cuenta un detalle relativo a la participación accionaria, ya que de acuerdo con la citada ley 8828 al menos el cincuenta y uno por ciento del capital (51%) debe pertenecer a las municipalidades que la conforman, estableciendo, asimismo, que en todo momento, las municipalidades deben mantener el control de las empresas municipales de economía mixta. Hacemos la salvedad, porque si bien nada impide

al Poder Legislativo modificar las leyes, lo cierto es que las eventuales APP se regirían por reglas de juego muy distintas de las actuales, porque hasta este momento, la interpretación que se ha hecho, a partir del contenido del artículo 169 constitucional, tal y como lo ha manifestado la Procuraduría General de la República (PGR), según la cual (Opinión Jurídica OJ-168-2006) el fin primordial de las empresas de economía mixta es facilitar la intervención subsidiaria de los gobiernos locales en la economía del cantón y el desarrollo de actividades de fomento económico orientadas a promover la comercialización y exportación de los bienes y servicios producidos a nivel local. Así lo dijo:

“La segunda condición que se encuentra implícita en el ordenamiento jurídico para constituir este tipo de entidad, es que el objeto de la sociedad debe estar referido a la obtención de los fines que debe cumplir el ayuntamiento. Dada la naturaleza de las municipalidades, entes territoriales de base corporativa, su competencia se circunscribe a la prestación de los servicios públicos locales con el fin de satisfacer, de forma oportuna y adecuada, los intereses de los munícipes. No en vano, el artículo 169 de la Constitución Política, le atribuye a la corporación municipal la administración de los servicios locales del cantón. Asimismo, el artículo 3 del Código Municipal reproduce la norma constitucional, mientras que el artículo 1, concibe al gobierno municipal como el instrumento del municipio para promover y administrar los intereses de los vecinos residentes del respectivo cantón. El Tribunal Constitucional, en los votos números 2237-96 y 2238-97, al respecto indicó lo siguiente: ‘...según lo establece la propia Constitución Política, corresponde a cada municipalidad en su jurisdicción velar por los intereses y servicios locales con exclusión de toda otra interferencia que sea incompatible con el concepto de ‘lo local’.

Desde esta perspectiva, el objeto de la sociedad mixta no podría rebasar los intereses o servicios locales, y las entidades que se constituyan, siguiendo este esquema organizativo, deberían buscar su satisfacción plena. Ahora bien, debe advertirse que las Sociedades Públicas de Economía Mixta también implican una forma de colaboración entre las municipalidades y las personas de Derecho Privado, pues su constitución conllevan la participación del sector privado en cooperación con el sector privado para alcanza un fin determinado”.³¹

Es evidente que este tipo de sociedades, en el fondo, lo que buscan es promover la creación de alianzas público – privadas en el desarrollo de actividades de fomento económico de los cantones orientados a promover la comercialización y exportación de los bienes y servicios producidos a nivel local, así como en la prestación de determinados servicios públicos. No obstante, ninguna legislación ordinaria debe interpretarse como una autorización para que se delegue indebidamente funciones que por su carácter deben ser brindadas por las municipalidades, pues pese a la discrecionalidad de esas corporaciones, la ley claramente circunscribe su objeto a

³¹ Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-168-2006



aquellas actividades que impliquen una participación subsidiaria del gobierno local en la economía cantonal, o en la gestión de ciertos servicios públicos.

Tomando como ejemplo lo anterior, este es, a juicio de esta asesoría, el principal cuidado que deben observar los señores diputados, en el sentido de valorar la conveniencia de que nuestros órganos y entes públicos participen en proyectos sin la garantía del control efectivo sobre los mismos, y sobre los cuales se invierten fondos públicos.

Huelga aclarar que, si bien la Ley de Sociedades Públicas de Economía Mixta fue promulgada hace una década aproximadamente, sus resultados y aportes son prácticamente nulos, quizá porque en el fondo el modelo operativo no resulta atractivo o tentador para un inversionista privado, incluso, que el detalle de la obligada mayoría accionaria en favor de la municipalidad suponga un verdadero desincentivo y en tal medida, es posible que hasta sea una buena idea replantearse el paradigma actual para eventualmente migrar hacia esquemas más expeditos, eficientes y competitivos, como serían las Alianzas Público-Privadas, pero siempre quedando la duda de cómo se distribuirían las acciones de la sociedad anónima que se constituya. De cualquier manera, y como ya lo expresamos, en el fondo se trata de una decisión puramente política, pero no por ello, menos sería, que demanda su correspondiente reflexión en términos de responsabilidad, también política. La norma está abierta a la discreción de las partes en cuanto a la negociación del control de la sociedad, y esa parte es la que preocupa a esta asesoría.

Artículo 23.

Establece que el inversionista puede ceder su derecho sobre el contrato de asociación público-privada a otra persona jurídica con la aprobación previa del ente contratante y sobre el particular no tenemos más observación que advertir, nuevamente, que los dictados de una sana técnica legislativa recomiendan utilizar una nomenclatura uniforme en los proyectos de ley, de modo que lo propio sería que la disposición aludiera a la “parte privada” como lo señalamos en el comentario sobre el artículo 2 del presente proyecto de ley. Tampoco se entiende, dicho sea de paso, que la cesión deba darse forzosamente en favor de una persona jurídica o dicho de otro modo, que se prohíba ceder derechos en favor de personas físicas, pues tal medida bien podría resultar irrazonable o desproporcionada, en la medida en que el criterio relevante a fin de garantizar la tutela del interés público debería referirse a la idoneidad de la contraparte privada y no, por el contrario, si ésta es de naturaleza corporativa o puramente individual.

La figura de la cesión de derechos está regulada, entre otros, en los artículos 36 y 75 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 del 02 de mayo de 1995, que en lo conducente autoriza al contratista privado a ceder sus derechos a un tercero, siempre y cuando cuente con la autorización expresa de la Administración

contratante y además, la considera causal de resolución del contrato cuando las misma se realiza sin autorización previa de ésta, respectivamente. No obstante, así como en este caso se entiende la pertinencia en la utilización de la cesión dentro del régimen ordinario de contratación administrativa, toda vez que en efecto, se trata de obligaciones y derechos cuya transmisión se da por vía de una cesión pura y simple, no sucede lo mismo en el caso de las APP, ya que si bien es cierto que éstas se formalizan por medio de un contrato, se perfeccionan a través de la constitución de una sociedad anónima donde la participación sobre el capital social se acredita en función del porcentaje de títulos que posea cada uno de los accionistas.

Así las cosas, entonces, a pesar de que la pretensión de condicionar la cesión de derechos y obligaciones a la autorización expresa y razonada de la entidad contratante resulte comprensible y hasta prudente dentro de la lógica de la contratación administrativa, debe tenerse presente que en el caso de las APP, la participación en los proyectos se acredita únicamente por medio de la distribución accionaria y son éstas –las acciones- las que se traspasan vía cesión, con lo cual habría hablar en términos de cesión de derechos y obligaciones que estén involucrados, por ejemplo, en el contrato, y cesión de acciones tratándose de la sociedad per se.

Artículo 24.

Su encabezado se refiere, textualmente, a las causales de rescisión y resolución del contrato, aunque lo más recomendable –como lo hemos expresado en más de una oportunidad- sería que el artículo se refiriera a las causales de extinción de las alianzas público-privadas (APP), dentro de las cuales cabría mencionar, entre otras, la rescisión y la resolución, ya que se trata de institutos jurídicos distintos. La rescisión, equivale a la ineficacia sobrevenida de un negocio jurídico, al cual no le hace falta ninguno de sus elementos esenciales, ni hay vicio en ellos; se trata de un negocio perfectamente válido y regularmente celebrado, pero que por algún motivo contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho y por esta razón, porque produce daños a determinadas personas, el ordenamiento ofrece la acción rescisoria, con el fin de hacer cesar su eficacia.

En el caso de la resolución, también se presupone la validez del contrato, pero el incumplimiento de una de las partes faculta a la que sí cumplió o bien, no incumplió, a promover la acción resolutoria que extinguiría el contrato por falta de cumplimiento, así como a resarcirse respecto de los posibles daños o perjuicios ocasionados por el mismo. Como puede comprobarse, existe un enorme paralelismo entre las disposiciones del numeral 24 de cita y el 75 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), N° 7494 del 02 de mayo de 1995, que reza:

“ARTÍCULO 75.- Resolución

Serán causas de resolución del contrato:

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

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.

Cuando la resolución sea imputable a la Administración, esta reconocerá los daños y perjuicios causados al concesionario.”

En este sentido, notamos que las causales mencionadas en los incisos a), c), d) y f) del artículo 24, resultan del todo coincidentes con las disposiciones de los homónimos incisos a), f), g) y c) del artículo 75 de la Ley de Contratación Administrativa.

Artículo 25.

Este artículo se refiere a la valoración que debe hacer la Administración respecto del financiamiento de los proyectos de APP, concretamente en lo que respecta a la disponibilidad de recursos por parte de la parte privada y otros criterios relacionados con su suficiencia patrimonial. Se establece, además, que los créditos obtenidos por el contratista son de carácter privado y de su exclusiva responsabilidad, con lo cual, salvo mejor criterio, hemos de entender que la norma en cuestión excluiría cualquier posibilidad de financiamiento o responsabilidad de la parte pública.

En forma adicional, se prevé la posibilidad en el orden de que el deudor (parte privada) pueda ofrecer sus acciones o títulos de participación social como garantía de pago por dichos créditos, con lo cual los señores diputados deben asumir la posibilidad de que por causa de un incumplimiento del deudor con el prestamista (entidad financiera o equivalente), éste llegue a ser propietario de las mismas, esta vez de pleno derecho, como producto de un proceso judicial de cobro, lo cual en la práctica equivaldría a ceder forzosamente sus derechos sobre el proyecto a un tercero sin necesidad de contar con la autorización a que se refiere el artículo 23,

pues la legitimación de la cesión se sostendría en una decisión judicial y no en el consentimiento de la administración contratante.

Esta asesoría considera, apelando a razones de seguridad jurídica y técnica legislativa, así como transparencia, que a fin de evitar los indeseables dobles de interpretación, las reglas sobre financiamiento de las APP se establezcan en los mismos términos de claridad que lo hace el artículo 52 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 del 02 de mayo de 1995, que además de contemplar los extremos relativos al endeudamiento de la parte privada también contiene las previsiones relacionadas con la posibilidad de endeudamiento de la parte pública o la facultad de ésta para otorgar avales y garantías³²:

“ARTICULO 52.- Licitación con financiamiento

La Administración podrá utilizar la licitación con financiamiento cuando, dentro de las condiciones generales del concurso, requiera el otorgamiento, por cuenta o gestión del contratista, de una línea de crédito para respaldar los gastos derivados de la contratación.

En esos supuestos, la exigencia de contenido presupuestario se reducirá a proveer fondos suficientes para enfrentar los pagos por amortización e intereses, gastos conexos derivados del financiamiento y a preveer la incorporación, en los futuros presupuestos, de las partidas necesarias para la atención del crédito.

Antes de iniciar la licitación con financiamiento, la Administración deberá obtener las autorizaciones previstas en el ordenamiento jurídico para el endeudamiento y para el empleo de este mecanismo.

Cuando por una licitación con financiamiento, se ofrezca a la Administración un empréstito que constituya una carga para el Estado o que requiera su aval, serán imprescindibles, antes de iniciar la ejecución del objeto del contrato, la firma o el aval del Poder Ejecutivo y la aprobación legislativa a que se refiere el inciso 15) del artículo 121 de la Constitución Política. Si estos requisitos se incumplen la Administración no tendrá responsabilidad alguna.” (El subrayado es nuestro).

Finalmente, observamos cierta falta de claridad en lo que tiene que ver con los mecanismos que se contemplan para mejorar las perspectivas de financiamiento del proyecto, ya que a pesar que se los menciona en los incisos a) y b), son todos

³² En el mismo sentido, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762 de 14 de abril de 1998, también contiene reglas claras en relación con el financiamiento y los aportes, entre otros, en sus artículos 43 (Aportes y contrapartidas otorgadas por la Administración Concedente), 46 (Financiamiento por capitalización durante etapa de construcción) y 48 (Nuevas inversiones). Esta asesoría observa con especial aprensión, que el proyecto en estudio no promueve una sola derogatoria o reforma expresa, particular y concreta, hacia estas disposiciones, ni tampoco respecto del supracitado régimen vigente en la Ley de Contratación Administrativa, puesto que se limitó a establecer una derogatoria tácita –indefinida, abstracta- en su numeral 39 a todas las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones administrativas que se le opongan, sobre lo cual haremos oportuno comentario más adelante.

ellos figuras lícitas, y tratándose, como es el caso, de facultades de la parte privada, lo más recomendable hubiera sido que la norma hiciera una referencia genérica a cualquier medio o mecanismo lícito, contemplado o bien, no expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico, con arreglo al principio de libertad que rige las relaciones de derecho privado. En otras palabras, la lista cerrada podría dejar fuera otras modalidades o mecanismos financieros, aquí el legislador cierra a algunas figuras y esquemas.

Esta asesoría se permite recomendar, además, que se aclare el sentido de la última oración del párrafo final, que reza textualmente *“La aplicación de este tipo de esquemas deberá estar complementada con la participación de la administración”*, pues en nuestra opinión que la misma, por imprecisa, no pareciera suplir el requisito de legalidad que impone el párrafo primero del artículo 11 constitucional, ya que no se entiende ni el sentido ni los alcances de tal participación.

Artículo 26.

El primer señalamiento que hacemos es de orden formal, ya que el encabezado de los artículos debe escribirse con mayúsculas, de modo que se tendría que leer “Garantías del Estado”.

Desde una perspectiva sustantiva es nuestro deber advertir a los señores diputados sobre las implicaciones que supondría la aprobación de la presente disposición, en vista de que la misma supone un giro de 180 grados en relación con la línea que, hasta el día de hoy, mantiene nuestro bloque de legalidad. La primera observación tiene que ver con la naturaleza de las garantías, ya que la Ley de Contratación Administrativa, Ley Nº 7494 del 02 de mayo de 1995, reconoce únicamente dos tipos: las de participación y las de cumplimiento. En tal sentido, el citado cuerpo legal vigente contiene plurales disposiciones al respecto, entre las que cabe citar:

- *Artículo 14.- Contiene las reglas sobre la ejecución de la garantía de cumplimiento;*
- *Artículo 32.- Se refiere a la constitución de una garantía de cumplimiento, como requisito para perfeccionar la relación contractual entre la Administración y el contratista;*
- *Artículo 33.- Establece la obligación de la Administración para exigir a los oferentes una garantía de participación, como requisito para perfeccionar la oferta;*
- *Artículo 34.- Regula la constitución de la garantía de cumplimiento, que consiste en el deber de la Administración de exigir al oferente entre el 5% y el 10% del monto del proyecto, además de que la ejecución de la garantía no exime al contratista de indemnizar, cuando corresponda, a la Administración por los daños y perjuicios no cubiertos por la garantía;*
- *Artículo 44.- Dispone que las garantías de participación y de cumplimiento son requisitos indispensables en cualquier proceso de licitación;*

- Artículo 50.- *En los procesos de remate ordenados por la Administración, el interesado tendrá tres días hábiles para cancelar el resto del precio y si no lo hace, pierde la garantía en favor del Estado;*
- Artículo 87.- *Alude a la garantía de participación, y dice que la misma se ejecutará en beneficio de la Administración si la Contraloría General de la República determina que no hubo motivo suficiente para apelar; y,*
- Artículo 109.- *Dice que la reglamentación ejecutiva en materia de requisitos y garantías, estará fuera del alcance regulatorio de los entes públicos sujetos a esta ley y que para tal efecto, todos ellos quedan sometidos plenamente al reglamento que emita el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus competencias fijadas en el artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política.*

Por su parte, el proyecto objeto del presente Informe se refiere a garantías financieras y no financieras; las primeras, son definidas como “*aseguramientos de carácter incondicional y de ejecución inmediata cuyo otorgamiento y contratación por parte de la Administración Pública tiene por objeto respaldar las obligaciones contraídas por el ejecutor del proyecto, derivadas de préstamos o deudas emitidas para financiarlo*”, disposición que pareciera contradecir lo establecido en el párrafo segundo del artículo 25 de la iniciativa, el cual literalmente dispone que “*Las operaciones de crédito o de endeudamiento que obtenga el contratista son de naturaleza privada, consecuentemente a este le corresponde únicamente asumir la responsabilidad de gestionarlos*”.

Hacemos esta observación, con el único propósito de ilustrar a los señores diputados sobre los alcances que este nuevo instrumento tendría sobre nuestro régimen de contratación administrativa vigente, pues hasta el día de hoy su dinámica está orientada a realizar las previsiones normativas necesarias para que la Administración, en su función de velar por los intereses supremos de la colectividad, se asegure por ambas vías –las garantías de participación y de cumplimiento- el respectivo resarcimiento por parte del contratista privado que incumple o viola el contrato de APP, cuyo régimen estaría excluyendo las actuales garantías de participación y cumplimiento, pues las mismas no fueron contempladas en la iniciativa de marras.

Consideramos, no obstante, que la intención de referirse en términos de las garantías que podría brindar el *Estado*, debería replantearse, ya que si bien es cierto que las garantías financieras pudieran ser ofrecidas por cualquier órgano que disponga de la respectiva previsión presupuestaria, tratándose de órganos desconcentrados como de ministerios u órganos o entes creados por ley, no hay que olvidar que todos ellos están sometidos a la Ley de Administración Financiera y Presupuestos Públicos, sin dejar de mencionar que, como establece el supracitado artículo 52, los empréstitos o avales que asuma el Estado, en general, exigen además del aval del Poder Ejecutivo, la aprobación legislativa a que se refiere el inciso 15) del artículo 121 de la Constitución Política.

En cuanto a las garantías no financieras, básicamente, lo que se está proponiendo es una autorización genérica para que el Estado –la administración- pueda ofrecer garantía hipotecaria sobre sus bienes inmuebles de dominio privado, a efecto de responder por las obligaciones que entraña el contrato de APP. Al respecto, nos permitimos hacer un respetuoso llamado de atención a los señores diputados, a fin de que tomen nota de algunas imprecisiones relativas al tema de las garantías que, a la postre, podrían suponer confusión para el aplicador jurídico, sino también que se pregunten las y los señores diputados, si tal cual está redactada la norma, resulta congruente con el principio de legalidad.

De nuestra parte, visualizamos cierto grado de riesgo ante una propuesta como la que es objeto del presente análisis pues esta asesoría considera que la redacción actual del artículo 26 en sí misma podría resultar confusa e inducir a error porque no distingue entre la capacidad de actuar de un ministerio o un órgano desconcentrado, que dependen íntegramente de los presupuestos nacionales, y la de los entes descentralizados, que cuentan con rentas propias y disfrutan de autonomía financiera, lo que les permite una mayor flexibilidad en los procesos de toma de decisiones sobre sus recursos y activos.

La norma de comentario debería ser absolutamente clara, de manera que, tratándose de garantías financieras otorgadas por los ministerios y sus órganos desconcentrados, establezca que las mismas podrán ofrecerse cuando exista sustento presupuestario esto es, que se hayan programado determinados recursos para tales fines y que los mismos estén disponibles, además de la autorización, cuando el caso lo amerite, del Ministerio de Hacienda, es decir, del Poder Ejecutivo, algo que la norma no previó.

En cuanto a los entes descentralizados, como las instituciones autónomas y las municipalidades, además del contenido presupuestario, se entiende que debería requerirse del acuerdo de su Junta Directiva o del respectivo Consejo Municipal autorizando el otorgamiento del aval o garantía financiera, así como de la participación de la Contraloría General de la República (CGR), cuando se trate de garantías no financieras (hipotecarias). Ahora bien, sobre este asunto de la autorización de la CGR, a esta asesoría no le queda del todo claro bajo cuáles criterios se valoraría la autorización a lo interno del ente contralor, pues da la impresión que se trataría de una suerte de análisis de oportunidad y conveniencia.

Artículo 27.

El presente artículo se refiere a la facultad del contratista de subcontratar hasta la mitad 50% del total del *objeto contractual*. Sin embargo, la norma no queda clara pues suponemos que se refiere al precio total pactado que queda suscrito con el contrato y es a partir del mismo que aplica el porcentaje de subcontratación. Hay

que redactar de mejor forma el artículo para tener certeza por razones de seguridad jurídica. No obstante, nos permitimos sugerir que la referencia se establezca en función del 50%, tal cual lo hace la actual Ley de Contratación Administrativa (LCA), N° 7494 del 02 de mayo de 1995 en su artículo 62:

“ARTICULO 62.- Límite de la subcontratación

El contratista no podrá subcontratar por más de un cincuenta por ciento (50%) del total de la obra y para ello siempre requerirá la autorización de la Administración. Sin embargo, la subcontratación no relevará al contratista de su responsabilidad por la ejecución total de la obra.” (El subrayado es nuestro)

Por otro lado, debemos advertir a los señores diputados sobre el gran cambio que se pretende promover en relación con lo que establece el ordenamiento vigente, ya que como puede apreciarse, la ley actual exige no solamente la autorización previa de la Administración, cuanto que además, de conformidad con el artículo 58 de la LCA, se obliga a los participantes a una licitación pública y a presentar junto con la oferta, un listado de las empresas con las que va a subcontratar. Según el numeral bajo estudio se rompería con este esquema pues la parte privada podría subcontratar directamente y en condiciones de celeridad más favorables que para la Administración, aún así, se tiene la reserva si ello podría violentar el artículo 182 constitucional cuando estén involucradas garantías financieras y no financieras, en general fondos o recursos públicos. En adición citamos lo que hoy prevalece en la LCA en relación con los listados de empresas a subcontratar:

“ARTICULO 58.- Listado de subcontratación

Las empresas participantes en licitaciones de obra pública que deban subcontratar obras, maquinaria, equipo o materiales presentarán junto con la oferta, únicamente para calificar, un listado de subcontratación. En él, se indicarán los nombres de todas las empresas con las cuales se va a subcontratar; además, se aportará una certificación de los titulares del capital social y de los representantes legales de las empresas.”

Para terminar, consideren los señores diputados además de las razones ya expuestas, que el artículo 27 también incorpora otra novedad además de que la subcontratación se podría solicitar con posterioridad a la aprobación del contrato de APP, cual es que en caso de aprobarse el presente proyecto, a partir de su entrada en vigor se rompería el tope del 50%, entendiéndose sin límite, que actualmente impone la LCA, ya que la Administración podría autorizar niveles mayores de subcontratación en el mismo cartel o bien, durante la etapa de ejecución del proyecto.

Artículo 28.

En líneas generales, contiene las reglas relativas a la supervisión de cumplimiento de las obligaciones del contratista y en tal sentido, es a la entidad pública contratante de la alianza a quien le competiría ejercerla, al mismo tiempo que es socio, doble condición. Esta es otra novedad de la iniciativa en cuestión que deberán valorar los señores diputados, en términos de oportunidad y conveniencia. Esta asesoría, sin embargo, observa con cierto grado de recelo el hecho de que la Administración contratante, siendo parte interesada del contrato de APP, sea quien tenga a su cargo la supervisión del mismo, pues ello comportaría sin margen de duda, un conflicto de intereses o con otras palabras, que nunca es aconsejable eso de ser juez y parte.

Sobre este particular, nuestra Ley de Contratación Administrativa, ciertamente, en el párrafo segundo de su artículo 74 estableció genéricamente –en materia de concesión de servicios públicos- que la Administración siempre conservará los poderes de supervisión e intervención necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios, con lo cual podría concluirse equivocadamente que nuestro bloque de legalidad, no solamente admite, sino que además, legitima, el rol de juez y parte de la Administración, aunque esta visión últimamente ha ido cambiando con las obligaciones que está asumiendo el país respecto de la OCDE. No obstante, también conviene recordar que la LCA, N° 7494, fue sancionada el 2 de mayo de 1995, en tanto que posteriormente, el 5 de setiembre de 1996 aparece en la escena jurídica nacional la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593, la cual para prevenir los conflictos de intereses que se suscitan cuando en materia de contratación, licitación o concesión de servicios públicos, se le adjudica a la Administración el doble rol, como parte del contrato y como supervisor o fiscalizador del mismo, estableció en su artículo 6 que es la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), quien detenta los poderes de regulación y fiscalización contable, financiera y técnica sobre los prestadores de servicios públicos, sea que el prestatario esté constituido como público o empresa privada, agregaremos, en este caso, un empresa mixta pública privada. Dicho numeral dice:

“Artículo 6.- Obligaciones de la Autoridad Reguladora

Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

a) Regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestadores de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio, ya sean las inversiones realizadas, el endeudamiento en que han incurrido, los niveles de ingresos percibidos, los costos y gastos efectuados o los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida.

b) Realizar inspecciones técnicas de las propiedades, plantas y equipos destinados a prestar el servicio público, cuando lo estime conveniente para verificar la calidad, confiabilidad, continuidad, los costos, precios y las tarifas del servicio público.

c) Velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones en materia tributaria, el pago de las cargas sociales, y el cumplimiento de las leyes laborales.

d) Fijar las tarifas y los precios de conformidad con los estudios técnicos.

e) Investigar las quejas y resolver lo que corresponda dentro del ámbito de su competencia.

f) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

Toda disposición que se emita en relación con las materias a que se refiere este artículo, será de acatamiento obligatorio.” (El subrayado es nuestro)

Artículos 29, 30 y 31

1) Artículo 29.- El Capítulo IX del proyecto se denomina “Infracciones y sanciones” y consta de 3 artículos: el 29, 30 y 31. El 29 se limita a establecer que los incumplimientos a esta ley especial serán sancionados conforme las disposiciones del Capítulo X de la Ley de Contratación Administrativa de reiterada cita, sin embargo se refiere al Capítulo 10 en números arábigos, cuando lo que corresponde de acuerdo con una sana técnica legislativa es hacer tal referencia utilizando números romanos (X), sin dejar de mencionar que ninguno de los tres artículos mencionados lleva encabezado.

Adicionalmente y con el único ánimo de ilustrar a las señorías, es nuestro deber recordarles que la LCA desarrolla 6 artículos sobre la materia:

- 93, que establece los procedimientos de la sanción;
- 94, que se refiere al régimen de responsabilidad penal y patrimonial;
- 95, contiene las sanciones aplicables a los funcionarios afectados por las incompatibilidades detalladas en el artículo 22;
- 96, dispone las sanciones a otros funcionarios;
- 97, que contempla las sanciones a funcionarios por recibo inapropiado de beneficios;
- 99 y 100, que en materia de sanciones a particulares, contempla las figuras del apercibimiento y la inhabilitación, respectivamente.

2) Artículo 30.- Reproduce, prácticamente, las disposiciones del numeral 93 de la LCA, según el cual las sanciones se impondrán después de haberse tramitado de acuerdo con las reglas del debido proceso. No obstante, el 30 de comentario no alude, directamente a la obligatoriedad de apegarse a las máximas del debido proceso. Tomese en cuenta que las penas no se pactan en un contrato, sino que las prescribe el ordenamiento jurídico. Lo cierto es que la redacción actual del artículo no corresponde a criterios de constitucionalidad. Una cuestión son las

obligaciones del contrato y otra diferente la aplicación de sanciones, mal llamadas penas en la redacción del artículo.

3) Artículo 31.- Es, en lo sustantivo, equivalente a lo dispuesto en el 94 de la LCA, que reza:

“ARTICULO 94.- Responsabilidad penal y patrimonial
La aplicación de las sanciones administrativas previstas en este capítulo no excluye de las eventuales sanciones penales por conductas en que hayan incurrido los funcionarios públicos o los particulares. Tampoco excluye la posibilidad de exigir la responsabilidad, por daños y perjuicios ocasionados a la Administración.”

Artículo 32.

El sentido de este artículo escapa a nuestra comprensión, ya que lo que se dice es que los conflictos –suponemos, entre las partes públicas y la privada- que “...no puedan resolverse en esta instancia...”, se ventilarán con arreglo a los mecanismos contemplados en la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, N° 7727 de 9 de diciembre de 1997. Sin embargo, no conseguimos entender a cuál instancia se refiere la propuesta. Además, de si la intención de los proponentes es imponer la llamada cláusula arbitral en los contratos de APP, de previo a la constitución de la sociedad anónima, lo recomendable sería que tal disposición se incluyera en el artículo 19 del proyecto, referido al contenido mínimo de los contratos, el cual –salvo mejor criterio- correspondería al inciso o). Hay que recordar que si bien es válido que en un contrato privado, como sería el contrato de APP, las partes convengan de su libre y espontánea voluntad la inclusión de la cláusula arbitral como único recurso para la resolución de posibles conflictos, las señorías tendrían que considerar que ello implica la renuncia expresa a la jurisdicción contencioso administrativa.

Artículo 33.

Percibimos una posible antinomia entre el 33 de comentario y el supracitado 32, pues da la impresión de que, por un lado, el 32 establece imperativa y exclusivamente los mecanismos de resolución alterna de conflictos (RAC) contemplados en la Ley 7727 de cita, como único medio de solución de controversias, en el tanto que el 33 dispone que las partes de un contrato de APP *podrán* –entiéndase, facultativamente- incluir la cláusula arbitral en el respectivo contrato, en congruencia con el mencionado inciso o) del artículo 19, según el cual las partes, de mutuo acuerdo, deben acordar el régimen de solución de controversias de previo a la firma del contrato, en el entendido –y así lo colige esta asesoría- que si no lo hacen, tácitamente quedarían sometidas a la jurisdicción ordinaria a menos que, de mutuo acuerdo, con posterioridad a la firma de éste, de

la constitución de la sociedad, del inicio del proyecto o durante su vigencia, las partes convengan en renunciar a aquélla y someterse, en particular, a alguno de los medios de resolución alterna de conflictos contemplados en el ordenamiento.

Hacemos un respetuoso llamado de atención a las señorías, a efecto de que definan este extremo, de modo que si lo que desean es imponer la cláusula arbitral como único medio de resolución de conflictos, procedan en consecuencia, y así se establezca de manera expresa en el proyecto, para lo cual, necesariamente, habría que eliminar la facultad de definirlo de mutuo acuerdo entre las partes, de precio a la suscripción del contrato. En este sentido, consideramos relevante que se tome en cuenta que el ordenamiento nacional vigente contiene reglas especiales muy claras sobre solución de controversias, concretamente en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7792 de 14 de abril de 1998 y sus reformas, en sus artículos 4, inciso 2) y 39, mismos que disponen que a falta de acuerdo entre las partes, los conflictos de intereses se ventilarán en la jurisdicción ordinaria:

“ARTÍCULO 4.- Normas aplicables

1.- *Las concesiones referidas en esta ley se regirán por lo siguiente:*

- a) *La presente ley y su reglamento.*
- b) *El cartel de la licitación y sus circulares aclaratorias.*
- c) *La oferta del adjudicatario, aprobada en el proceso de evaluación.*
- d) *El contrato de concesión.*

2.- ***La legislación costarricense será aplicable a toda relación jurídica originada con fundamento en la presente ley. Asimismo, los tribunales nacionales serán los únicos competentes para conocer de las situaciones jurídicas derivadas de las concesiones y dirimir los conflictos que puedan surgir durante la vigencia de los contratos. El cartel del concurso deberá autorizar la vía del arbitraje como solución alterna a los tribunales de justicia.***

(...)

ARTÍCULO 39.- Cláusula arbitral

En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Esta cláusula se regirá por la legislación vigente sobre la materia.”
(la negrita y el subrayado son nuestros).

Artículo 34.

Le asigna plurales atribuciones al Consejo Nacional de Concesiones (CNC), a partir de su empoderamiento como ente definidor y coordinador de las políticas públicas en materia de APP, y empezaremos apuntando que el CNC es un órgano con desconcentración máxima y personalidad jurídica instrumental, adscrito al Ministerio



de Obras Públicas y Transportes (MOPT), creado mediante la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7792 de 14 de abril de 1998. En este sentido, las competencias del CNC y de su Secretaría Técnica están expresamente contempladas en los artículos 8 y 9, respectivamente, de la mencionada norma, con lo cual nos encontramos ante un despacho público con funciones especializadas, regulado mediante ley especial. Por otra parte, conviene recordar que, si bien la norma posterior deroga o modifica la anterior, la especial prevalece sobre la general, aunque sea posterior.

Apelando a los dictados de una correcta técnica legislativa, consideramos que si la intención del legislador es otorgarle más competencias al CNC o su Secretaría Técnica o bien, modificar alguna de las atribuciones que ya tienen, lo propio sería que dicha voluntad se materializara promoviendo una reforma expresa en su régimen especial pues no hacerlo comporta un compromiso al Principio de Legalidad y también, hacia la misma Asamblea Legislativa, ya que nuestra Constitución Política le reconoce a ella, exclusivamente, la potestad de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, amén de disponer sin margen de duda, que la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior, en sus artículos 121, inciso 1) y 129.

Por otra parte, el proyecto en estudio pretende otorgarle una nueva competencia al CNC, misma que no está contemplada en el régimen vigente, así como asumir otra que en la actualidad está a cargo de su Secretaría Técnica. Nos referimos, en primer término, a la pretensión de que el CNC tenga a su cargo el diseño, elaboración y planificación de todas las políticas públicas en materia de alianzas público privadas (APP) y en segundo, la tarea de guiar e informar qué tipo de infraestructura se podría desarrollar con este modelo y de sus distintas modalidades.

Además, el Consejo Nacional de Concesiones estará encargado de guiar e informar acerca del tipo de infraestructura compleja de interés nacional que se pueda desarrollar al amparo de esta ley, facultad que en nuestra opinión resulta en una contradicción respecto de aquella que actualmente le reconoce la Ley de Concesión de Obras Públicas a la Secretaría Técnica del CNC, que tiene el deber de *promover y divulgar los proyectos por concesionar* (artículo 9, inciso e) Ley 7792). Hacemos estas observaciones, porque creemos que los señores diputados deben tener absoluta claridad sobre el alcance de las reformas que estarían promoviendo, en caso de aprobarse el presente proyecto, así como también, sobre la seriedad que entraña sugerir cambios en el ordenamiento sin tener el cuidado de promoverlos adecuadamente, es decir, obviando los dictados de una sana técnica legislativa que obliga a practicar las reformas de modo individual, refiriéndolas al régimen vigente en particular. Ello supondría, entonces, que si el propósito o voluntad política se inclina por reformar la normativa que rige al CNC, lo correcto es que se promuevan las respectivas modificaciones a lo interno de la misma.

Sobre las nuevas funciones que se le están otorgando al CNC, para que éste defina las mencionadas políticas públicas (**inciso a**), no queda del todo claro el grado de vínculo de tales políticas sobre los entes descentralizados, como son las instituciones autónomas y las corporaciones municipales, que disfrutaban de autonomía e independencia administrativa, pues no hay que olvidar que en el fondo lo que se pretende es que un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo le imponga criterios vinculantes a entidades cuyo régimen constitucional, pareciera resultar incompatible con tal pretensión.

El **inciso b)**, adicionalmente, le asigna al CNC la función de proponer las reformas legales y reglamentarias, en materia de alianzas público- privadas, cuando así procedan, lo cual en criterio de esta asesoría, implica reconocerle una especie de iniciativa en la formación de las leyes que está reservada al Poder Legislativo, durante los períodos de sesiones ordinarias (1° de mayo–31 de julio; 1° septiembre–30 de noviembre, artículo 116 constitucional) o bien, al Poder Ejecutivo en los períodos de sesiones extraordinarias (118, en concordancia con el 140, inciso 14) CP), o bien, por iniciativa ciudadana. Ahora bien, si la intención de los proponentes es facultar al CNC para que le *sugiera* al Poder Ejecutivo las iniciativas de ley o las reformas reglamentarias que considere pertinentes, de manera que se limite sencillamente a remitir propuestas de reformas al Poder Ejecutivo para su valoración -con una periodicidad que también habrá que definir- pues así debería decirlo el proyecto de ley.

En relación con el **inciso c)**, éste se refiere a la nueva facultad del CNC en el orden de proponer mejoras en los procesos de fiscalización y debemos aclarar que, de conformidad con la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, N° 7792 de 14 de abril de 1998, en la actualidad dicha función es competencia de la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones:

“ARTÍCULO 9.- Secretaría Técnica

1.- *El Consejo Nacional de Concesiones contará con una Secretaría Técnica responsable de las siguientes actividades:*

a) *Contratar los estudios técnicos requeridos para acreditar la factibilidad de los proyectos de concesión.*

b) *Ejecutar los actos preparatorios pertinentes para otorgar una concesión.*

c) *Confecionar la propuesta de cartel.*

d) *Vigilar que el concesionario cumpla sus obligaciones; para esto, tendrá la facultad de efectuar las inspecciones que considere oportunas en cualquier fase de la ejecución contractual.*

e) *Promover y divulgar los proyectos por concesionar.*

f) *Imponer las sanciones y multas referidas en los artículos 49 y siguientes de esta ley.*

2.- *La Secretaría Técnica contará con el personal necesario para el cumplimiento de sus funciones.”*

Respecto del **inciso d)**, éste le confiere al CNC la función de proponer medidas de mejora regulatoria, simplificación, coordinación y estandarización en procedimientos de implementación de alianzas público privadas, competencia que podría comportar una antinomia o contradicción con lo dispuesto en los artículos 11 y 13 de la Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, N° 8220 de 4 de marzo de 2002, según los cuales la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC) es el órgano rector en materia de simplificación de trámites y mejora regulatoria. Ahora bien, merece la pena aclarar, que a diferencia de la redacción del presente proyecto, la ley de cita es clara en cuanto al grado de vínculo que tienen sus criterios para el Poder Ejecutivo y para los entes descentralizados, estableciendo que serán obligatorios para aquél, en el tanto que tendrán carácter de mera recomendación para éstos:

“Artículo 11.- Rectoría

El Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria, será el órgano rector en materia de simplificación de trámites y mejora regulatoria y, como tal, deberá velar por el cumplimiento de esta ley.

Los órganos y las entidades contemplados en el artículo 1 de esta ley serán también responsables de velar por su cumplimiento y por el seguimiento de los programas de mejora regulatoria que se establezcan.

Para cumplir con lo anterior, el jerarca respectivo deberá designar un oficial de simplificación de trámites en cada órgano o ente. Estos oficiales junto con los jefes serán los responsables de dar seguimiento a las disposiciones de esta ley.

Cada ente autónomo, semiautónomo o con autonomía universitaria establecerá sus programas de mejora regulatoria y designará a sus oficiales de simplificación de trámites, y tendrá como referente los criterios que en esta materia emita el órgano rector.

(...)

Artículo 13.- Criterio del órgano rector

El criterio que emita el Ministerio de Economía, Industria y Comercio (MEIC), por medio de la Dirección de Mejora Regulatoria, sobre los trámites existentes cubiertos por esta ley, así como sobre la emisión de nuevas regulaciones o reformas a las ya existentes que contengan trámites requeridos a los ciudadanos, tendrá carácter vinculante para la Administración Pública central.

Cuando los entes autónomos, semiautónomos o con autonomía universitaria emitan nuevas regulaciones o reformas a las ya existentes que contengan trámites requeridos a los ciudadanos, consultarán al órgano rector la conformidad de estas con los principios y objetivos de la mejora y simplificación de los trámites y a la Ley N.º 8220 y su reglamento. El criterio que vierta el órgano rector para estos casos será con carácter de recomendación.”

Tal y como lo señalamos supra, el CNC es un órgano desconcentrado del Poder Ejecutivo que objetivamente, carece de facultades para que sus criterios resulten vinculantes o de acatamiento obligatorio para las instituciones descentralizadas,

pero lo cierto es que tratándose de simplificación de trámites y mejora regulatoria, la ley 8220 de cita no admite margen de duda en cuanto a que la Comisión de Mejora Regulatoria del MEIC es el órgano rector en la materia y que sus criterios son de acatamiento para la Administración Central, no así para la Descentralizada, para la cual tienen carácter de mera recomendación.

En cuanto a la pretensión de que el CNC analice y valide, a solicitud de las instituciones involucradas, proyectos susceptibles de “ser trabajados” bajo el esquema de APP (**inciso e**), esta asesoría alberga serias dudas sobre los alcances de tal validación. Al margen de que la expresión “ser trabajados” nos parece inadecuada, puesto que lo que corresponde sería que dijera “ser desarrollados”, no entendemos si la intención de los proponentes es que dicha validación resulte en una especie de autorización, sin la cual los distintos órganos o entes públicos interesados no podrían desarrollar proyecto alguno, pues de ser así, consideramos, nuevamente y en la misma línea que se ha expuesto, que estaríamos ante un abuso de Poder o dicho con otras palabras, ante una evidente invasión de competencias constitucionalmente reservadas a las instituciones descentralizadas, pues en virtud de su autonomía financiera y de gobierno, a ellas compete la definición de sus prioridades, no así a un órgano desconcentrado del MOPT, como lo es el Consejo Nacional de Concesiones.

Finalmente, la función que el **inciso f)** le reconoce al CNC en términos de “*incrementar la transparencia y acceso a la información gubernamental en materia de alianzas público-privadas*”, nos parece consecuente respecto de la disposición que, sobre la misma materia –transparencia- contiene el artículo 8, inciso a) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7792 de 14 de abril de 1998, relativo a las funciones o competencias del CNC, al que textualmente le encomienda:

“ARTÍCULO 8.- Atribuciones del Consejo

El Consejo, en el ejercicio de su competencia, tendrá las siguientes atribuciones:

- a)** *Velar por la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos y procedimientos administrativos que realice la Secretaría Técnica del Consejo.
(...).”*

En atención a lo expresado, esta asesoría se permite reiterar su recomendación de que los señores proponentes, en respeto a los dictados de una sana técnica legislativa, promuevan las reformas puntuales al régimen vigente, de manera que si lo que desean es que el CNC vele por la transparencia de sus actuaciones dentro de los procesos de APP, así lo establezca, de manera expresa de la supra citada ley 7792, ya sea que se incorpore como una competencia más del Consejo o de la Secretaría Técnica.

Artículos 35 y 36

Los numerales 35 y 36 disponen, respectivamente, la creación y las competencias de la Comisión Multisectorial para el Desarrollo, Fomento y Gestión de las Alianzas Público-Privadas, estableciendo que el objetivo de la misma es coadyuvar y asesorar al Consejo Nacional de Concesiones “*en todas estas etapas y tareas*”. No obstante, esta asesoría opina que la propuesta es inadmisiblemente omisa en asuntos tal delicados como definir la naturaleza jurídica de la mencionada Comisión y sus funciones o competencias, sobre las cuales nada dice el proyecto, en vista de que las mismas se determinarían en el reglamento de la ley. Tan omisa, que su redacción actual no satisface el requisito de legalidad impuesto por el párrafo primero del artículo 11 de la Constitución Política. A título de ejemplo, véase que la disposición ni siquiera considera quién presidiría el nuevo órgano, como tampoco sabemos la nomenclatura con que habría que referirse a éste (presidente, secretario general, comisionado, etc.) o bien, si el Presidente del órgano sería elegido del propio seno de la Comisión, entre otros extremos que no fueron definidos y aclarados como corresponde.

Artículo 37.

En lo que toca al plazo de seis meses, establecido en el párrafo primero, para que el Poder Ejecutivo emita el correspondiente reglamento, únicamente diremos que se trata de un asunto de oportunidad y conveniencia, del resorte exclusivo de las señorías. Sin embargo, tal y como lo manifestamos con ocasión del análisis del artículo 5, en lo medular el numeral 37 también establece una remisión reglamentaria amplia, disponiendo que cada uno de los órganos y entes de la Administración deberán elaborar sus propios reglamentos internos a efecto de poder realizar las alianzas público privadas contempladas en esta ley, adaptándolos a sus propias realidades y al respecto, algo que deben considerar los señores diputados es que técnicamente, deberán dictarse tantos reglamentos como órganos y entes existen en la Administración Pública, además de que el Poder Ejecutivo deberá emitir el respectivo reglamento para sus órganos, conforme el artículo 140, inciso 3) de la Constitución Política, con lo cual habrá que contar con un considerable grado de dispersión normativa, no necesariamente perjudicial, valga la aclaración, pues la voluntad de los proponentes –a pesar de no mencionarlo explícitamente en la exposición de motivos- pareciera ir en el sentido de promover una suerte de ley marco, la cual necesariamente demandaría plurales regulaciones vía reglamentaria para poder implementarse correctamente, las cuales vendrían a regular hechos y relaciones jurídicas que actualmente están establecidas con rango de ley ordinaria en otros cuerpos normativos, y a los que –a contrapelo de los dictados de una correcta técnica legislativa- no se les promovieron las correspondientes reformas puntuales a cada uno de ellos. Reiteramos lo anterior aunque ya lo habíamos indicado líneas previas de este Informe.

Artículo 39.

Se refiere a las derogatorias y hay que apuntar que la iniciativa en estudio no formula una sola de ellas con carácter particular o en forma individualizada, sino que por el contrario, se concentra en promover una derogatoria genérica, tácita, indiscriminada hacia todas aquellas leyes, decretos, disposiciones reglamentarias o actos administrativos que se le opongan. A mayor abundamiento, diremos que esta clase de derogatorias tácitas eran frecuentes hace décadas en la práctica legislativa costarricense, sin embargo, ahora con toda propiedad, se puede afirmar que no se las considera ajustadas a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Desde el punto de vista doctrinario, el acto mediante el cual el legislador deja sin efecto una ley, se conoce con el nombre de abrogación o derogación. Términos que se utilizan para expresar la acción y el resultado de abolir una ley en su totalidad o en una parte de ella.

La derogación puede ser expresa o tácita, según se haga en términos explícitos, o que resulte de la incompatibilidad de la ley nueva con la ley anterior, ya que es principio general, que las leyes nuevas destruyen las leyes viejas en todo aquello que se les opongan. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, como se expresó supra, fue un procedimiento muy utilizado hace años, que al emitirse una nueva ley, esta dispusiera en su articulado final que se derogaban todas las anteriores en cuanto a ella se opongan. No obstante, siempre que se presuma que existe una derogación tácita –como sucede con la derogatoria que pretende promover este proyecto- resulta necesario examinar cuidadosamente si efectivamente las nuevas disposiciones se oponen a las antiguas, por cuanto en el tanto sea posible armonizar la ley nueva con la ley vieja, esta debe tenerse como subsistente a fin de ser aplicadas en su oportunidad.

Asimismo, debe tenerse presente, que las leyes generales no derogan las leyes especiales, sino cuando de manera expresa así lo disponen, o cuando la intención de dejar sin efecto la ley especial, resulta con evidencia del objeto o del espíritu de la ley general que sea promulgada. No pareciera, sin embargo, que este sea el caso de la iniciativa de marras, ya que se está sugiriendo un nuevo marco normativo para regular situaciones jurídicas que, hasta hoy, se encuentran contempladas en plurales cuerpos normativos (Ley de Contratación Administrativa, Ley de Concesión de Obras Públicas, Ley de ARESEP, Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Trámites, entre otros), a los cuales no se les practicaron las correspondientes enmiendas o afectaciones, con lo cual esta asesoría puede afirmar que ninguna de ellas resultaría derogada o abrogada en sentido estricto, sino hasta que se

compruebe que la disposición antigua se contradice o superpone respecto de la nueva.³³

Fuera de ello, la regla que se observa referente a la derogación tácita, es que esta solo se produce por otras leyes también especiales que regulen materias iguales, y en el tanto no hubiere posibilidad de conciliación entre ellas. En sentido contrario, las leyes generales se entienden derogadas por las leyes especiales en aquella parte o en aquellos puntos en que estas últimas estatuyeren una materia particular comprendida en las primeras.

Sólo la entidad jurídicamente autorizada es la que puede emitir, modificar o derogar normas. En el caso de las leyes, de acuerdo con el Principio de Legalidad y en virtud de la existencia del Principio de Reserva de Ley, es la Asamblea Legislativa, como primer poder de la República, quien tiene tales potestades. No es casualidad que esta importante y delicada función se encuentre recogida en el primer inciso del artículo 121 de la Constitución Política, donde se encarga como labor “exclusiva” del Congreso, “dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica”.

De igual manera, nuestra Carta Fundamental, en su artículo 129, contiene una serie de reglas que permiten, hasta cierto punto, vislumbrar de qué manera se debe proceder para la eliminación de normas obsoletas en el Ordenamiento Jurídico:

“ARTÍCULO 129.- (...)

La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución.

(Así reformado el párrafo anterior por el inciso d) del artículo 1° de la Ley N° 8281 de 28 de mayo del 2002)”

Obsérvese que en la primera frase se recoge el principal postulado que debe guiar el accionar legislativo acerca del fenómeno de la derogación de normas: siempre la norma posterior derogará o abrogará la anterior. Ello implica que los principios, contenidos y supuestos de hecho de la ley nueva deben sustituir a la más antigua, en el tanto ello se aplique y exista incompatibilidad entre ambos cuerpos normativos.

El artículo 8 del Código Civil es más específico aún en cuanto a la observancia que debe guardarse en el proceso de eliminación de normas y creación de nuevas disposiciones, pues no sólo reitera el principio indicado, sino que le otorga mayor solemnidad a las reglas jurídicas al calificarlas como obligatorias a pesar de alguna práctica en contrario o falta de aplicación. El no acatamiento de la obligación señalada puede dar lugar incluso a sanciones penales:

³³ Criterio de la Procuraduría General de la República PGR C-092-93, de 1° de julio de 1993.

“Artículo 8. - Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado”.

La derogación tácita de las normas ocurre cuando, dada la existencia de una ley o disposición de carácter obligatorio que regule un determinado tema, el cual puede ser muy puntual o muy general, el legislador (o una entidad pública con poder suficiente para hacerlo) emite otra norma posterior que parece contener los mismos temas, supuestos de hecho, contenido o regulaciones novedosas, similares o idénticas que la norma preexistente, por lo cual ambas disposiciones se encuentran (aparentemente) en vigencia en forma concomitante, dada la ausencia de pronunciamiento expreso del legislador (o del ente que la haya emitido) sobre si la anterior norma continúa vigente, se modifica en lo conducente detallando en qué sentido se reforma, o si queda definitivamente derogada. La ausencia de tal pronunciamiento expreso produce situaciones importantes de ambigüedad, confusión y debate sobre cuál puede haber sido la verdadera voluntad del legislador, especialmente si, del examen minucioso de la norma, se encuentran incoherencias, contradicciones o lagunas jurídicas, o bien, temas que han dejado de regularse con claridad en una u otra. El artículo 8 del Código Civil (ya citado anteriormente) dicta que, en situaciones como las indicadas, la norma más reciente prevalece sobre la más antigua, cuando pueda ser posible que tal principio se aplique, fenómeno que no siempre ocurre. De allí la necesidad de que sea el propio legislador quien indique con claridad y precisión cuál es su voluntad en relación con las normas preexistentes que traten de temas análogas, procurando al máximo evitar incluir disposiciones ambiguas tales como la frase “esta norma deroga a todo lo que se le oponga” o alguna expresión similar que no hace sino evadir su responsabilidad de estudiar cuáles son las normas anteriores que debería derogar o modificar, de manera que colabore con la armonización del Ordenamiento Jurídico.

Más valiosa aún es la segunda frase del citado numeral 8 del Código Civil, en que trata del tema de las derogatorias, pues muestra la decisión del legislador de hacer respetar su voluntad en cuanto al peso de las modificaciones normativas, ya sean expresas o tácitas:

“Artículo 8. – (...). La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado”.

En efecto, en esa afirmación se muestra un procedimiento de aplicación para las reformas expresas, en las cuales parece imponerse la necesidad de claridad y

precisión en la identificación de las normas y el alcance de su abrogación, sea ésta parcial o total, claridad y precisión que, salvo mejor criterio, se echa en falta respecto del proyecto de marras. No menos importante es la expresión posterior, en la cual define qué debe entenderse por derogación tácita. Así, cuando postula que la eliminación normativa abarca también a las leyes anteriores que traten sobre la misma materia, en el tanto sean incompatibles con las nuevas disposiciones, está conceptualizando a las derogaciones tácitas precisamente como un fenómeno, bastante común, en el cual las leyes anteriores son implícitamente excluidas del Ordenamiento Jurídico. Aquí la afirmación clave la constituye la incompatibilidad normativa entre leyes antiguas y modernas, pues la discrepancia que se da entre unas y otras es lo que produce la derogación tácita de aquéllas.

En el dictamen C-173-2012 de 9 de julio de 2012, la Procuraduría General de la República (PGR)³⁴ destaca la importancia de que, al momento de promulgar una norma que afecta o pueda afectar a otras anteriores, deba indicarse con precisión cuáles son esas leyes que afectará y de qué manera, en forma tal que no deje lugar a dudas sobre cuál es el alcance de la voluntad del legislador en la nueva disposición escrita:

“Ciertamente, la técnica legislativa advierte sobre la conveniencia de que, en el momento de promulgar una nueva Ley, el Legislador incorpore dentro del instrumento una disposición que señale expresamente las normas que quedan derogadas. Indudablemente, respetar esta técnica legislativa fortalecería la función de la Asamblea Legislativa en la configuración del ordenamiento vigente y proveería satisfactoriamente a la seguridad jurídica. Al respecto, conviene transcribir lo señalado por CARBONELL: “Lo correcto es que el legislador elabore unas tablas de derogación en donde se señalen, todo lo exhaustivamente que se pueda, las normas que quedan derogadas. Para facilitar tal labor se puede hacer uso de los avances informáticos y en concreto del tratamiento automatizado de textos legales, que permite la depuración del ordenamiento al detectar normas incompatibles con otras expedidas con posterioridad (y que tengan la misma o menor jerarquía que las últimas), aminorando lo que se ha llamado la “contaminación legislativa” . (Los subrayados no son del original)”

Una vez más, es importante resaltar que, en virtud de la existencia y aplicación de otros preceptos jurídicos, tales como el Principio de Legalidad y el Principio de Reserva de Ley, sólo puede ser la Asamblea Legislativa la institución encargada de llevar a cabo dicha labor final de revisión, eliminación o conservación, según corresponda, en cada uno de los textos normativos que se analizarán, sin la intervención de otros entes administrativos, ejercicio que, en criterio de esta asesoría, no satisface apropiadamente una propuesta que se contenta con disponer que quedan derogadas todas las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que se le opongan.

³⁴ Criterio de la Procuraduría General de la República C-173-2012, de 9 de julio de 2012.



IV.- ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

Votación

El presente proyecto de ley requiere para su aprobación de mayoría absoluta de los votos de acuerdo con el artículo 119 de la Constitución Política.

Delegación

La iniciativa puede ser delegada en una Comisión con Potestad Legislativa Plena pues no se encuentra dentro de las excepciones del artículo 124 de la Constitución Política.

Consultas

Obligatorias:

- Todas las Instituciones Autónomas.
- Todas las Municipalidades
- Todas las Universidades Públicas.
- Banco Central y Bancos del Estado

Facultativas:

- Ministerio de Hacienda
- Ministerio de Economía, Industria y Comercio
- Ministerio de Trabajo
- Ministerio de Obras Públicas y Transportes
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica
- UCCAEP
- Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos
- CONAVI
- Procuraduría General de la República.

V.- FUENTES Y REFERENCIAS

Poder Legislativo

Constitución y leyes:

- Constitución Política de la República de Costa Rica
- Ley de Contratación Administrativa, N° 7494 de 2 de mayo de 1995



- Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), N° 7593 de 5 de setiembre de 1996
- Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, N° 7762 de 14 de abril de 1998
- Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos, N° 8220 de 4 de marzo de 2002

Poder Judicial

Sala Constitucional

- Sentencia N° 3789-92 de las 12 horas de 27 de noviembre de 1992.
- Sentencia N° 787-94.
- Sentencia N°998-98.
- Sentencia N° 5457-98.
- Sentencia N° 11657-2001

Poder Ejecutivo

- Decreto Ejecutivo N° 27098 del 12 de junio de 1998.
- Decreto Ejecutivo N° 31836 del 10 de junio de 2004.
- Decreto Ejecutivo N° 33411 del 27 de setiembre de 2006
- Decreto Ejecutivo N° 39965 del 15 de diciembre de 2016 (Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada).

Procuraduría General de la República (PGR)

- Criterio de la PGR C-092-93
- Criterio de la PGR 787-94
- Criterio de la PGR 998-98
- Criterio de la PGR 5947-98
- Criterio de la PGR 228-2001
- Criterio de la PGR 255-2005
- Criterio de la PGR OJ-168-2006
- Criterio de la PGR C-173-2012
- Criterio de la PGR OJ-184-2014.

Referencias Internet

- <http://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Las-Alianzas-Publico-Privadas.pdf>
- <https://www.caf.com/es/conocimiento/blog/2017/09/agenda-para-las-alianzas-publico-privadas-en-america-latina/>

- <http://blogs.worldbank.org/ppps/es/una-d-cada-de-alianzas-p-blico-privadas-en-am-rica-latina-y-el-caribe-qu-hemos-aprendido>
- <https://www.eadic.com/asociaciones-publico-privadas-en-chile-dos-decadas-de-experiencia/>
- https://www.centralamericadata.com/es/article/home/El_potencial_de_las_alianzas_pblico__privadas
- https://www.centralamericadata.com/es/article/home/Pocas_alianzas_PblicoPrivadas_en_Costa_Rica
- <https://www.academiaca.or.cr/wp-content/uploads/2017/12/PV-04-17.pdf>
- <http://www.cnc.go.cr/>
- <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/ley-autoriza-a-municipios-crear-empresas-con-el-sector-privado/6Y2H6ENTSBAWLFCMTEINHVLQTY/story/>
- <https://campus.cgr.go.cr/capacitacion/CV-ABC-CA/L2/2218>

Elaborado por: mas
/*lsch//12-2-2020
c. archivo//d//s