UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIADA EN DERECHO

"LA GARANTÍA DE ACUERDOS DIRECTOS BAJO EL MODELO DE FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS Y LA CESIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS"

ANA MARCELA SANTOS CASTRO

2004

12 de noviembre del 2004.

Doctor
Rafael González Ballar
Decano
Facultad de Derecho

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación de la estudiante:

SANTOS CASTRO ANA MARCELA

Titulado: " LA GARANTIA DE ACUERDOS DIRECTOS BAJO EL MODELO DE FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS Y LA CESION EN CONTRATOS DE CONCESION DE OBRAS PUBLICAS EN COSTA RICA"

Fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final. Por su parte, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Asimismo le hago saber que el Tribunal Examinador queda integrado por los siguientes profesores:

Presidente:	**DR. HUGO ALFONSO MUÑOZ QUESADA**
Secretario:	**LICDA. MARTA MARIA VINOCOUR FORNIERI**
Informante:	**DR. VICTOR PEREZ VARGAS**
Miembro:	**LICDA. ANA CRISTINA VIQUEZ CERDAS**
Miembro:	**LIC. VICENTE LINES FOUNIER**

La fecha y hora para la PRESENTACION PUBLICA de este trabajo se fijó para el día 22 de noviembre del 2004, a las 18:00 p.m. la Sala de Replicas.

Dr. Daniel Gadea Nieto
DIRECTOR

FACULTAD de DERECHO

Teléfono/Fax 207-4089

San José, 30 de octubre del 2004.

Señor Dr. Daniel Gadea N.
Director
Area de Investigación
Facultad de Derecho
Pte

Tengo el gusto de comunicarle que he terminado la revisión de la valiosa tesis de grado de la egresada Ana Marcela Santos Castro, titulada "La garantía de acuerdos directos bajo el modelo de financiamiento de proyectos y la cesión en contratos de concesión de obras públicas en Costa Rica".

Este trabajo expone en forma muy completa un importante mecanismo contractual a disposición del Estado para la realización de sus fines, aunque no cuente con los recursos necesarios, cual es la concesión de obra pública, donde la Administración transfiere al concesionario la potestad de explotar la obra por un cierto tiempo, percibiendo el peaje, tarifa o aporte convenidos. De este contrato administrativo nos brinda información acerca de la normativa que lo rige y sobre su desarrollo en la doctrina.

La autora desarrolla, en particular, el modelo conocido como "project finance", en el que la garantía principal se encuentra en los ingresos generados por el mismo proyecto y en los activos afectados a él. De esta figura expone sus elementos, los sujetos que participan (promotores, compañía-proyecto, constructor, operador, entidades financieras, compañías aseguradoras, usuarios y administración). Aclara que el financiamiento de proyectos está constituido por varios contratos vinculados, los cuales trata separadamente y en sus relaciones. Seguidamente se refiere a los tipos de estructura en un financiamiento de proyectos (B.O.T., B.T.O., B.O.O.T. y B.O.O.). y a los riesgos y su distribución.

Plantea con gran acierto, además, el tema de la eventual necesidad de cesión del proyecto para que la garantía de acuerdos directos se pueda lograr y nos explica su regulación en Costa Rica, así como las autorizaciones requeridas y las limitaciones que encuentra en el Ordenamiento.

Considero que la tesis de Ana Marcela es una obra que, por la amplitud y profundidad de análisis, así como por cumplir los requisitos reglamentarios, merece pasar a su etapa de réplica, por lo que le otorgo mi aprobación.

Reciba un cordial saludo.

Víctor Pérez V.

Profesor Víctor Pérez Vargas

San José, 29 de octubre de 2004

Señor

Dr. Daniel Gadea Nieto

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Como lectora del trabajo final de graduación presentado por la estudiante Ana Marcela Santos Castro, carné número 993780, titulado "La Garantía de Acuerdos Directos bajo el Modelo de Financiamiento de Proyectos y la Cesión en Contratos de Concesión de Obras Públicas", le comunico que lo apruebo por la forma y por el fondo ya que éste cumple con todos los requisitos establecidos por el Área de Investigación para que la autora opte por el título de Licenciada en Derecho.

Atentamente,

Ana Cristina Víquez
1-548-337.

San José, 2 de noviembre de 2004

Señor
Dr. Daniel Gadea Nieto
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Don Daniel:

Como lector del trabajo final de graduación presentado por la estudiante Ana Marcela Santos Castro, carné número 993780, titulado "La Garantía de Acuerdos Directos bajo el Modelo de Financiamiento de Proyectos y la Cesión en Contratos de Concesión de Obras Públicas", le comunico que lo apruebo por la forma y por el fondo ya que éste cumple con todos los requisitos establecidos por el Área de Investigación para que la autora opte por el título de Licenciada en Derecho.

El trabajo desarrollado por Ana Marcela constituye un valioso estudio jurídico del financiamiento de proyectos de infraestructura, y que refleja un trabajo serio y un gran esfuerzo de consulta a una serie diversa de fuentes de información. La estudiante hace un esfuerzo atípico en estudiar y analizar el tema de su tesis no solamente desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino también financiero. La descripción y análisis de la red de relaciones económicas y jurídicas es novedosa y constituye un excelente aporte al cúmulo de estudios sobre la concesión de obras de infraestructura.

Atentamente,

Vicente Lines

A papi y a mami, por su apoyo incondicional y por los sabios consejos que a lo largo de la vida me han dado, por enseñarme a ser perseverante y a luchar por las metas que quiero alcanzar.

INDICE

Dedicatoria i

Índice ii

Resumen vii

Introducción xi

TÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO 1

CAPÍTULO PRIMERO: El Contrato de Concesión de Obra Pública 2

Sección I: Concepto 2

a) Contrato Administrativo 3

b) Obra pública 4

c) Servicio Público 4

1) Continuidad 5

2) Regularidad 6

3) Uniformidad 6

4) Generalidad 6

5) Obligatoriedad 6

d) Procedimientos para ejecutar la obra o el servicio público 7

1) Contrato de obra pública 7

2) Contrato de concesión de obra pública 8

3) Contrato de gestión interesada 9

4) Contrato de concesión de servicio público 10

5) Diferencias entre estas figuras contractuales y la concesión de obra pública 13

Sección II: Evolución Histórica 16

Sección III: Características 25

a) Contrato Administrativo Bilateral o Sinalagmático 26

b) Oneroso y Conmutativo 27

c) Formal 27

d) Delegación sobre Cualquier Bien Inmueble Público 28

e) *Intuitu personae* 28

f) Sujetos 29

g) Contraprestaciones 30

CAPÍTULO SEGUNDO. El Financiamiento de Proyectos 34

Sección I: Antecedentes 34

Sección II: Concepto 35

Sección III: Características 37

Sección IV: Diferencias entre el FP y el financiamiento directo 43

Sección V: Sujetos involucrados en un FP 45

a) Promotores o Accionistas 45

b) La Compañía Proyecto 46

c) Constructor 47

d) Operador 47

e) Entidades Financieras 47

f) Compañías Aseguradoras 49

g) Usuarios 50

h) Gobierno Local y sus Instituciones 51

Sección VI: El Contrato de Préstamo y sus Contratos Complementarios 54

a) Contrato de Préstamo 54

b) Contrato Proyecto 55

c) Contrato de Construcción 56

d) Contrato de Operación y de Mantenimiento 57

e) Contrato de Apoyo Estatal 57

f) Contrato de Seguro 58

Sección VII: Tipos de Estructura en un FP 58

a) Build Operate and Transfer (B.O.T.) 58

b) Build Transfer and Operate (B.T.O.) 61

c) Build Own Operate and Transfer (B.O.O.T.) 62

d) Build Own and Operate (B.O.O.) 62

Sección VIII: Riesgos 64

a) Riesgos Comerciales 65

1) Riesgo de finalización 65

2) Riesgos Ambientales 67

3) Riesgos Operativos 69

4) Fuerza Mayor 70

b) Riesgos Macroeconómicos 72

c) Riesgos Políticos 73

d) El "Joint Venture" Como una Manera de Mitigar los Riesgos 76

Sección IX: Distribución de Riesgos 76

a) Promotores o Accionistas 77

b) Constructor 79

c) Operador 80

d) Entidades financieras 80

e) Gobierno Local y sus Instituciones 81

Sección X: Garantías 82

a) Garantías de Conclusión o Finalización del Proyecto 84

b) Seguros 84

c) Contratos Take or Pay 84

d) Contratos Take and Pay 85

e) Opciones 85

f) Cuentas de reserva 86

g) Garantías Reales 87

h) Garantías Personales 87

i) Acuerdos directos o "step-in-rights" 88

TÍTULO SEGUNDO: LA GARANTÍA DE ACUERDOS DIRECTOS Y LA CESIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN COSTA RICA.

CAPÍTULO PRIMERO: La Garantía de Acuerdos Directos 89

Sección I: Definición 89

Sección II: Características 92

Sección III: Procedimiento para hacer efectiva la Garantía de Acuerdos Directos 99

CAPÍTULO SEGUNDO. La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en Costa Rica 104

Sección I: La cesión de contratos de concesión de obra pública en la doctrina 104

Sección II: La cesión de contratos de concesión de obra pública en el ordenamiento jurídico costarricense 108

a) Sociedad Anónima Nacional 108

b) Financiamiento por capitalización 111

c) Remate del Derecho a la Explotación de la Concesión por Quiebra del Concesionaria. 113

d) La cesión de contratos de concesión de obra pública en la legislación costarricense 116

e) La cesión de contratos de concesión de obra pública en la jurisprudencia costarricense 123

Sección III: La cesión de contratos de concesión de obra pública en otros ordenamientos jurídicos 132

CAPÍTULO TERCERO. Aplicación de la Garantía de Acuerdos Directos en Contratos de Concesión de Obra Pública en Costa Rica 136

Sección I: Garantías que regula la legislación costarricense en materia de concesión de obras públicas 136

a) Garantía de Participación 136

b) Garantía de Construcción 138

c) Garantía de Explotación 139

d) Garantías Ambientales 140

Sección II: Aplicación de la garantía de acuerdos directos en contratos de concesión de obra pública en Costa Rica 146

Conclusiones 148

Bibliografía 154

RESUMEN

SANTOS CASTRO, Ana Marcela. "La Garantía de Acuerdos Directos Bajo el Modelo de Financiamiento de Proyectos y la Cesión en Contratos de Concesión de Obras Públicas". Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2004.

DIRECTOR: Víctor Pérez Vargas

LISTA DE PALABRAS CLAVES: contrato de concesión de obras públicas y de servicios públicos, cesión de contratos de concesión de obras públicas y de servicios públicos, ley 7762, financiamiento de proyectos, project finance, garantía de acuerdos directos, step in rights.

RESUMEN DEL TRABAJO

Los proyectos de concesión de obras públicas son una herramienta importante para el desarrollo y la infraestructura de un país los cuales recientemente están empezando a tomar auge en Costa Rica. Hasta la fecha únicamente dos contratos han sido refrendados: el de la carretera Bernardo Soto y el de la carretera San José-Caldera. El primero fue rescindido por el gobierno por incumplimiento contractual. El segundo fue refrendado el 8 de agosto de 2003 por la Contraloría General de la República siguiendo los lineamientos estipulados en la LGCOP después de veinticinco años de intentos estatales por concretar la obra. Este es un gran paso no sólo de la obra como tal, sino también para el modelo de concesión de obra pública, el cual produce un gran beneficio

para el país porque representa inversión extranjera directa y creación de puestos de trabajo para nacionales y, además, porque con la experiencia adquirida por el país en materia de concesión se permitirá en el futuro impulsar procesos de una manera mejor y más ágil. Este proyecto está actualmente en la etapa de negociación y obtención del financiamiento. Una vez obtenido éste, el Consejo Nacional de Concesiones emitirá la orden de inicio para la etapa de construcción.

El financiamiento precisamente resulta uno de los elementos más importantes en un contrato de concesión. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en Costa Rica el concesionario tiene la obligación de conseguir el financiamiento de la obra, además de diseñarla, planificarla, construirla, conservarla, ampliarla o repararla.

Por esta razón, contar con mecanismos de financiamiento adecuados es necesario. El financiamiento de proyectos o "project finance" resulta uno que, por sus características especiales, es atractivo para financiar proyectos de gran envergadura como el de concesión de obra o de servicio público.

Dentro de las características especiales que tiene el financiamiento de proyectos está el que la garantía principal es el flujo de capital generado por el mismo proyecto. Esto genera una gran cantidad de riesgos los cuales deben ser distribuidos entre las partes relacionadas con el proyecto y asumidos por la que mejor pueda controlarlos. Constituir garantías solidarias sólidas resulta conveniente en estos casos.

Los acuerdos directos son un tipo de garantía utilizada en este mecanismo de financiamiento por medio de los cuales los prestamistas se aseguran o reservan el

derecho de subrogarse en la posición de la sociedad anónima nacional o de designar a un tercero que la sustituya, en el caso de incumplimientos contractuales.

La garantía de acuerdos directos es una que los prestamistas generalmente querrán constituir puesto que les da la seguridad de que en caso de algún incumplimiento contractual estas puedan intervenir y participar exponiendo sus soluciones y sus ideas para evitar la terminación del contrato, el fracaso del proyecto, y con esto, la pérdida de su garantía principal.

La garantía de acuerdos directos puede ser documentada como un contrato complementario o anexo al de financiamiento y/o como una cláusula incluida dentro del contrato de concesión. Por medio de éstas, las entidades financieras se asegurarán su derecho de participar e intervenir en resguardo de sus intereses, en caso de que haya un incumplimiento contractual.

Por las características especiales que tiene esta garantía, una de las condiciones que muchos ordenamientos jurídicos requieren para poder negociarla, es que la cesión de contratos de concesión esté debidamente autorizada por la normativa aplicable. Si la cesión no estuviera autorizada, las entidades financieras no podrían subrogarse los derechos del concesionario o nombrar a un tercero que se los subrogue o que lo sustituya.

Este trabajo desarrollará en su título primero, las características especiales del contrato de concesión de obras públicas y de servicios públicos y del modelo de financiamiento de proyectos, para luego analizar en la segunda parte la garantía de acuerdos directos

bajo este modelo de financiamiento, la posibilidad de ceder los contratos de concesión de obras y de servicios públicos y la relación que existe entre ambas figuras para finalmente determinar si es factible aplicar este tipo de garantía en contratos de concesión de obra o de servicios públicos en Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

En esta época de globalización que estamos viviendo, aumentar las posibilidades de aprovechar las oportunidades que se le presentan al país, le exige al gobierno y a los habitantes esfuerzos extra para tener un nivel de desarrollo que sea competitivo con el resto de las naciones.

Esta exigencia es particularmente grande en ciertas áreas, ya que es urgente contar con:

- infraestructura que sirva de soporte a la producción y al desarrollo y que sea, por tanto, un generador de riqueza;
- telecomunicaciones de avanzada que permitan una comunicación rápida y eficaz con el resto del mundo;
- un sector de servicios desarrollado, que incentive a extranjeros a invertir en nuestro país.

Los proyectos de concesión de obra pública se han convertido en un mecanismo necesario, utilizado por el Estado, debido a la falta de recursos internos, para poder alcanzar los niveles de desarrollo requeridos a través de la globalización.

El Estado y las empresas locales que compiten en el campo de la contratación administrativa, muchas veces carecen de los recursos económicos y de la capacidad técnica necesaria para hacerle frente a un proyecto tan grande como el de desarrollar una obra pública. Por esta razón, tienen que recurrir a mecanismos de financiamiento, algunas veces nacionales, otras veces extranjeros, que respalden su inversión y que les

resulten rentables en el largo plazo, ya que pagarán su deuda por medio de las ganancias que el mismo genere.

En Costa Rica se está tratando de incorporar el esquema de concesión de obra pública como una alternativa para la ejecución de proyectos de gran envergadura; sin embargo, por diversos problemas financieros y jurídicos, el éxito de estos proyectos no ha sido posible hasta el momento.

La concesión de obra pública es un negocio económico financiero que implica un conjunto de relaciones complejas. En él intervienen cuatro actores principales: el concedente, el concesionario, los inversionistas y los usuarios.

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, número 7762, define el contrato de concesión de obra pública de la siguiente manera: "contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el 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 o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente".

Asimismo, esta ley define la concesión de obra pública con servicio público como el "contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier

bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.".

La concesión de obra pública es el derecho que le da la Administración (concedente) a un particular (concesionario) para que ejecute una obra pública, a su costo y riesgo, a cambio de explotar dicha obra por un período determinado. Este derecho se lo da la Administración al concesionario para que durante ese lapso amortice el capital y obtenga un rendimiento sobre el mismo que cubra las cargas de capital, los gastos de explotación, cuales son los derivados de la conservación de la obra puesta a cargo del concesionario, los gastos de personal indispensable para atender la explotación y los gastos para la conservación de algunos locales en los que se hace efectivo el importe que percibe el concesionario por el uso de la obra, un peaje por ejemplo.

Para poder ejecutar la obra el concesionario necesita, entre otras cosas, obtener financiamiento. Para esto el concesionario debe, si no tuviera recursos suficientes, conseguir un inversionista o un prestamista, ya sea nacional o extranjero, que financie el proyecto. Este es uno de los grandes beneficios que da la ejecución de concesiones al país, pues representa, en la mayoría de los casos, inversión extranjera con la cual se genera empleo para los costarricenses.

Implementar estructuras adecuadas de financiamiento de largo plazo, que se requieren para que un proyecto de concesión logre cumplir sus objetivos, es indispensable.

El modelo de financiamiento conocido como financiamiento de proyectos o "project finance", es uno que posee características especiales que lo hacen atractivo en proyectos ambiciosos como el de concesión de obra pública. Este se puede definir como la operación en la cual uno o (normalmente) varios acreedores proveen financiamiento para la construcción de un proyecto de gran envergadura, asumiendo gran parte de su riesgo y éxito.

El atractivo principal de este modelo consiste en que normalmente las expectativas de cobro de los acreedores se concentran en la suma de dinero que los usuarios del proyecto pagarán a la empresa, pues los préstamos serán hechos durante la etapa de construcción y su pago será efectuado una vez que el proyecto haya comenzado a operar y a percibir los pagos correspondientes por parte de los usuarios. A menudo los acreedores limitarán sus expectativas de cobro a tales ingresos, sin poder afectar otros bienes de los "sponsors" o personas interesadas en participar o promover la realización del proyecto proveyendo su crédito por medio de aportes societarios o de deuda subordinada, siendo esto muy beneficioso y llamativo para los promotores.

Al ser la garantía principal de un préstamo estructurado a través del modelo de financiamiento de proyectos, el flujo de capital generado por el mismo proyecto, hay un interés no solo por parte de la Administración concedente, el concesionario, los "sponsors" y los usuarios de que el proyecto funcione y sea exitoso, sino también hay un interés muy grande por parte de los inversionistas y prestamistas, puesto que si no se genera suficiente flujo de capital, su riesgo aumenta y sus expectativas de cobro disminuyen.

Producto de estos intereses y tomando en cuenta las situaciones imprevisibles que las partes no pueden controlar, como por ejemplo un incumplimiento contractual por parte del concesionario, éstas normalmente sentirán la necesidad de prevenir la terminación del proyecto permitiendo a un concesionario distinto asumir las obligaciones del proyecto.

Adicionalmente, otro aspecto a considerar es que el financiamiento de proyectos es una estructura financiera "non-recourse" (los socios del proyecto no otorgan garantías sobre lo prestado) o "limited recourse" (los socios del proyecto otorgan garantías limitadas sobre lo prestado), que se da a través de una entidad jurídica específica denominada *compañía proyecto*, en donde la deuda, el capital y condiciones adicionales beneficiosas para el acreedor, son combinadas para la construcción y operación o la refinanciación de una obra específica, en la que los prestamistas fundamentan sus valoraciones crediticias en los ingresos proyectados por la operación de la obra, más que en los activos o en el crédito que el promotor o accionista del proyecto pueda tener.

La garantía de acuerdos directos es una medida que los prestamistas tienen interés en negociar como un contrato complementario o anexo al contrato de financiamiento, especialmente en proyectos de concesión de obras o de servicios públicos, o como una cláusula dentro del mismo contrato de concesión. La necesidad de firmar esta garantía radica en que, precisamente por los riesgos que están relacionados con un contrato administrativo de este tipo y con un mecanismo de financiamiento como el "project finance", las partes buscarán tener la mayor seguridad posible y asumir también la menor cantidad de riesgos posibles.

Por otro lado, por las características especiales que tiene esta garantía, uno de los requisitos que el ordenamiento jurídico del país en donde se llevará a cabo la concesión podrá exigir, es que la cesión de contratos esté permitida y que la Administración concedente la autorice expresamente, para efectos de incluir la garantía de acuerdos directos como una cláusula dentro del contrato de concesión y/o, como un contrato complementario o anexo al de financiamiento.

Por las razones expuestas, es necesario determinar si en Costa Rica la cesión de contratos de concesión está autorizada por nuestro ordenamiento jurídico y, si estuviera, analizar si es aplicable la garantía de acuerdos directos bajo el modelo de financiamiento de proyectos.

La **hipótesis general** sobre la que se estructuró la investigación fue la siguiente: La garantía de acuerdos directos bajo el modelo de financiamiento de proyectos es aplicable en Costa Rica en contratos de concesión de obras públicas.

Los **objetivos generales** de este trabajo consisten en analizar si la garantía de acuerdos directos bajo el modelo conocido como financiamiento de proyectos ("project finance") es compatible con la legislación vigente que regula los proyectos de concesión de obras públicas en Costa Rica.

Los **objetivos específicos** que se pretenden cumplir con este trabajo son los siguientes:

1. Definir el modelo conocido como financiamiento de proyectos (project finance).
2. Analizar las características que tienen los contratos de concesión de obra pública en Costa Rica.

3. Analizar los acuerdos directos como una garantía en proyectos estructurados a través del financiamiento de proyectos.
4. Estudiar la normativa que regula la cesión del contrato de concesión de obras públicas en Costa Rica.
5. Analizar si es posible aplicar la garantía de acuerdos directos en contratos de financiamiento de proyectos de concesión de obra o de servicios públicos en Costa Rica.

La **metodología** utilizada para comprobar las anteriores hipótesis y lograr los objetivos propuestos fueron los métodos inductivo, comparativo y deductivo en la consulta de doctrina jurídica y financiera, nacional y extranjera; y de legislación nacional e internacional. Lo anterior se complementa con entrevistas a profesionales dedicados al campo en estudio.

La **estructura** del trabajo es la siguiente: El título primero denominado marco teórico, en su capítulo primero, establece las nociones generales del contrato de concesión de obras públicas, su definición, evolución histórica y las características que lo diferencian de los contratos privados y de otros contratos firmados con la Administración Pública. El capítulo segundo analiza lo concerniente al modelo conocido como financiamiento de proyectos, sus antecedentes, la definición que la doctrina le ha dado al mismo, sus características, los sujetos involucrados, el contrato de préstamo y sus contratos complementarios, los riesgos relacionados con este modelo, su correcta distribución y las garantías que pueden ser constituidas para mitigar estos riesgos, entre otros.

El título segundo, por su parte, analiza la garantía de acuerdos directos y la cesión de contratos de concesión de obra pública en Costa Rica. En éste se comparan estas dos figuras y se analizan las garantías contempladas en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y su Reglamento, para finalmente determinar si la garantía de acuerdos directos es compatible con el ordenamiento jurídico costarricense.

TÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO

El financiamiento de proyectos o "project finance" (FP) es un método de financiamiento a largo plazo para proyectos de gran envergadura en el cual la inversión financiada es pagada a través del flujo de capital generado por el mismo proyecto.

La garantía principal en el FP será, precisamente, los ingresos obtenidos del mismo proyecto y los activos físicos afectados a él.

La garantía denominada de acuerdos directos o "step in rights", por su parte, es una fundamental en el FP por medio de la cual las entidades financieras se aseguran o reservan el derecho de subrogarse en la posición de la sociedad concesionaria, o de designar a un tercero que la sustituya, en el caso de incumplimientos contractuales.

Por otro lado, el contrato de concesión de obra pública es un contrato administrativo por medio del cual la Administración concedente delega a un particular, llamado concesionario, la construcción de una obra pública. El concesionario recibirá como contraprestación el derecho de explotar la obra por un período determinado.

En esta primera parte se estudiará la figura del financiamiento de proyectos y la de concesión de obra pública. En la segunda se analizará la garantía de acuerdos directos y la posibilidad o no de ceder los contratos de concesión de obra pública en Costa Rica, para determinar si esta garantía es o no aplicable en nuestro país.

CAPÍTULO PRIMERO. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Sección I: Concepto

La concesión de obra pública, según la define Dolores M. Rufián, es:

"El contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o una gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas, y en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios."[1]

Para Escola:

"La concesión de obra pública no es sino un modo de ejecución de ellas en que la administración pública celebra un contrato administrativo específico, cuyo co-contratante, que puede ser una persona física o jurídica, se obliga a ejecutar una obra pública determinada, con la particularidad de que el precio no le será pagado por la administración directamente, sino por los administrados que la utilicen o se beneficien con ella, a cuyo fin le serán otorgadas temporalmente al co-contratante ciertas facultades

[1] RUFIÁN LIZANA (Dolores M.), Manual de Concesiones de Obras Públicas, Chile, Fondo de Cultura Económica Chile, S.A., 1999, p. 12.

para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo.".[2]

Roberto Dromi, por su parte, considera que es:

"El modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante el plazo determinado."[3]

Para efectos de tener un mayor entendimiento de lo que es una concesión de obra pública, tomando como referencia las definiciones dadas anteriormente, es importante definir lo que es un contrato administrativo, lo que es una obra pública y lo que es un servicio público.

a) Contrato Administrativo

Contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.[4]

---

[2] ESCOLA (Héctor Jorge), Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen II, p. 302.
[3] DROMI (Roberto), Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, Ciudad de Argentina, 1998, p. 460.
[4] Ibid. p. 161.

Para Escola, los contratos administrativos son aquellos celebrados por la Administración Pública, con una finalidad de interés público, y en los cuales pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado que coloquen al co-contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto a ésta.[5]

b) Obra pública

Obra pública, a su vez, es una obra artificial, producida por el trabajo humano, la cual debe ser destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo. La obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general. Esta obra puede pertenecer a una persona pública estatal o no estatal.[6]

Fernando MO también da una definición de obra pública y afirma lo siguiente: "Consideramos obra pública la construcción, reparación o conservación realizada por el Estado, actuando como persona de derecho público, en forma directa o indirecta, respecto de cosas muebles o inmuebles con fondos estatales o no, destinadas al uso común directo o indirecto."[7]

c) Servicio Público

---

[5] ESCOLA (Héctor Jorge), Compendio de Derecho Administrativo, Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, Volumen II, 1984, p. 614.
[6] DROMI (Roberto), op.cit., p. 440.
[7] MO (Fernando), Obras Públicas, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Driskill, Tomo XX, 1990, p. 873, citado por BENAVIDES VÍQUEZ (Adriana), Concesión de Obras Públicas con Servicio Público, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2000, p. 62.

Servicio público, por su parte, es "aquella actividad de prestación asumida por la administración pública, en forma directa o indirecta, a fin de atender a la satisfacción de necesidades de interés público, bajo un régimen especial, predominantemente de derecho público.".[8]

Dromi define el mismo concepto de la siguiente manera: "Cuando hablamos de los servicios públicos nos referimos a las prestaciones que cubren necesidades públicas o de interés comunitario, que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, farmacia, taxis, remises, bomberos.".[9]

El servicio público tiene las mismas características que toda la actividad administrativa y forma parte de ella. Sin embargo, este tiene algunas características especiales que determinan las obligaciones de la Administración y/o del sujeto prestador del servicio y los derechos de los usuarios del mismo. Estas características son las siguientes:

1) Continuidad

La continuidad del servicio se refiere a que éste debe prestarse siempre que la necesidad del mismo se haga presente.

---

[8] ESCOLA (Héctor), Compendio de Derecho Administrativo, Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, Volumen II, 1984, p. 435.
[9] DROMI (Roberto), op.cit., p.619.

Existen dos tipos de continuidad: *la absoluta*, que se refiere a los servicios de agua potable, electricidad, etc., que, por la necesidad colectiva que satisfacen, no pueden ser interrumpidos; y *la relativa* que se refiere al servicio de bomberos o al de transporte, entre otros, que se prestan interrumpidamente, es decir, en determinados momentos.

2) Regularidad

La regularidad se refiere a que el servicio debe ser prestado conforme a reglas o normas preestablecidas por el ordenamiento jurídico.

3) Uniformidad

Significa la igualdad de trato en la prestación. Se refiere al derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación ni privilegios. Deriva del principio de que toda persona es igual ante la ley.[10]

4) Generalidad

El servicio público se establece para satisfacer una necesidad colectiva, para satisfacer el interés público. Por esta razón, el servicio debe ser prestado de una manera general. Este puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna.

5) Obligatoriedad

La obligatoriedad del servicio se refiere a la obligación que tiene la Administración, y/o el sujeto prestador del servicio, de brindar el mismo cuando el usuario así lo requiera.

---

[10] DROMI (Roberto), op.cit., p. 624.

Habiéndose analizado la definición del contrato administrativo, de la obra pública y del servicio público, se procederá a analizar los distintos procedimientos que existen para ejecutar la obra o el servicio público, para efectos de determinar bajo cuál de éstos se ubica la concesión de obra pública.

d) Procedimientos para ejecutar la obra o el servicio público

Existen dos procedimientos para ejecutar la obra o el servicio público: el directo, ejecutado por la propia Administración, con sus propios medios y recursos; y el indirecto, cuando la Administración recurre a la colaboración de terceros para la ejecución de la obra.

Dentro de las figuras contractuales utilizadas para ejecutar indirectamente la obra o el servicio público se encuentran, entre otras, el contrato de obra pública, el contrato de concesión de obra pública, el contrato de gestión interesada y el contrato de concesión de servicio público.

1) Contrato de obra pública

El contrato de obra pública es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la construcción de una obra pública. La contraprestación que da la Administración al tercero o contratista por la construcción de la misma, es el pago de un precio.

Las características especiales que distinguen el contrato de obra pública de otros contratos son las siguientes:

Bilateral

Los sujetos intervinientes en la relación Administración y particular, están recíprocamente obligados: uno a pagar el precio pactado y el otro a realizar la obra.

Oneroso y conmutativo

El contrato se dice es oneroso porque la construcción de la obra se realiza a cambio de un precio convenido. Además el contrato es conmutativo porque las prestaciones de las partes son presumiblemente equivalentes.

Formal

El contrato de obra pública requiere para su perfeccionamiento no solo el consentimiento de los sujetos intervinientes, sino también la suscripción del instrumento pertinente.

2) Contrato de concesión de obra pública

Como se explicó anteriormente, este contrato consiste en un modo indirecto de ejecución de obras públicas mediante el cual la Administración encomienda a un particular, denominado concesionario, la construcción de una obra pública. El concesionario la realiza por su cuenta y riesgo, a cambio de la explotación de la misma por un plazo determinado. La explotación de la obra generalmente consiste en el cobro de un peaje o estipendio que hace el concesionario a los usuarios por la utilización de la obra pública.

En esta figura la retribución que recibe el concesionario es pagada por los usuarios, a diferencia de la figura anterior, en la que la Administración es la encargada de pagarle al contratista el precio por la construcción de la obra.

Las características especiales del contrato de concesión de obra pública serán explicadas en la sección III de este capítulo.

d.3) Contrato de gestión interesada

Es la figura mediante la cual la Administración explota los servicios determinados en el cartel de licitación y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos resultantes de dicha gestión, la cual estará determinada en el respectivo cartel.

"Este contrato es una modalidad que supera el concepto tradicional de concesión, por el cual un particular denominado gestor (persona física o jurídica) con personalidad propia y organizado en empresa, desarrolla un servicio público (o construye una obra pública) mediante una retribución determinada en dicho contrato.".[11] En este contrato administrativo, la Administración Pública y el gestor (particular) reciben una participación en los beneficios de la ejecución y explotación del contrato.

[11] NIEVES BORREGO (Julio), La Gestión Interesada en el Derecho Administrativo Español, Madrid: Revista de Administración Pública número 26, 1958, p.60, citado por ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), Contratos y Aeropuertos, El Negocio del Aeropuerto Juan Santamaría, la Sala Constitucional y la Contratación Administrativa, Costa Rica, San José, Ediciones Lux, 1999, p.33.

Esta figura está incluida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) el cual establece:

"La Administración podrá gestionar, indirectamente y por concesión, los servicios de su competencia que, por su contenido económico, sean susceptibles de explotación empresarial.

Esta figura no podrá ser utilizada cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de las potestades de imperio o actos de autoridad...

La Administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo. Si estas modificaciones alteran el equilibrio financiero de la gestión, la Administración deberá compensar al contratista, de manera que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación...".[12]

En la Administración Figueres Olsen (1994-1998) se decidió dar el aeropuerto Juan Santamaría a la Compañía Alterra Partners Costa Rica, Sociedad Anónima de conformidad con el cartel de licitación 01-98 para la contratación de una gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto, promovido por el Consejo Técnico de Aviación Civil.

---

[12] Ley de Contratación Administrativa, número 7494 de 2 de mayo de 1995, publicada en la Gaceta número 62 de 8 de junio de 1995, art. 74.

La licitación pública 01-98, su adjudicación y todo el proceso licitatorio han sido objeto de múltiples críticas en razón de que muchos los consideran absolutamente nulos, por inconstitucionales e ilegales, entre otras, porque en ese entonces la Ley General de Concesión de Obra Pública número 7404 vigente, no permitía dar los aeropuertos nacionales a los particulares.[13]

d.4) Contrato de concesión de servicio público

El contrato de concesión de servicio público ha sido definido ampliamente por varios doctrinarios. Entre las definiciones dadas se encuentran las siguientes:

"La concesión de servicios públicos es un típico contrato administrativo por el cual el Estado delega temporalmente en una persona física o jurídica privada o en un ente administrativo estatal, los poderes que son necesarios para la prestación de un servicio público, por cuenta y riesgo del concesionario.".[14]

Asimismo, Roberto Dromi define esta figura de la siguiente manera:

"La concesión de servicio público es un contrato por el que el Estado encomienda a una persona, física o jurídica, privada o pública, la organización y la prestación de un servicio público por un determinado lapso. Esta persona, "concesionario", actúa por su propia

[13] ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), op.cit., pp.50,51.
[14] BERÇAITZ (Miguel Ángel), Contrato de Concesión de Servicios Públicos, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Driskill, Tomo IV, 1990, citado por BENAVIDES VÍQUEZ (Adriana), op.cit., p. 43.

cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o con ambos medios a la vez.".[15]

En Costa Rica, Eduardo Ortiz Ortiz ha definido el contrato de concesión de servicio público como a continuación se indica:

"Cuando se habla de concesión se alude a un contrato, en el que la Administración y un empresario se ponen de acuerdo para que éste último, bajo el control y vigilancia de aquella, explote un servicio público a cambio de un precio o tasa que cobra a los usuarios del mismo.".[16]

El contrato de concesión de servicio público tiene las siguientes características especiales que lo diferencian de otros contratos:

Bilateral o sinalagmático

Este contrato es bilateral o sinalagmático porque ambas partes se obligan recíprocamente: el concesionario a brindar el servicio adecuadamente y la Administración a permitir que el concesionario perciba de los usuarios la contraprestación respectiva.

Oneroso y conmutativo

---

[15] DROMI (Roberto), op.cit., p. 465.
[16] ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Aspectos Legales de las Concesiones Ferrocarrileras, Revista de Ciencias Jurídicas número 27, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, Setiembre-Diciembre, 1975, p. 179.

Este tipo de contratos se entiende oneroso puesto que el servicio se presta a cambio de una contraprestación pagada por los usuarios del servicio o por la misma Administración. Asimismo, este es conmutativo porque las prestaciones comprendidas y establecidas en él son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata, no dependiendo su determinación de acontecimiento incierto alguno.[17]

Intuitu personae

La concesión de servicio público debe ser ejercida por el concesionario, personal y exclusivamente, a su propia cuenta y riesgo. La Administración analiza varios aspectos técnicos, económicos y financieros para escogerlo. Por esa razón la obligación del concesionario es personalísima y no puede ser transferida o cedida sin autorización previa de la Administración concedente.[18]

5) Diferencias entre estas figuras contractuales y la concesión de obra pública

La diferencia principal entre el contrato de concesión de obra pública y el contrato de obra pública estriba en la contraprestación recibida por parte del concesionario o contratista. En el contrato de concesión de obra pública la remuneración principal va a ser el derecho de explotación de la obra que da la Administración concedente al concesionario. Por su parte, en el contrato de obra pública la remuneración principal va a ser el precio pagado por la Administración al contratista al finalizar la obra.

---

[17] ESCOLA (Héctor), Compendio de Derecho Administrativo, Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, Volumen II, 1984, p. 729.
[18] DROMI (Roberto), op.cit., p. 468.

De lo anterior se puede concluir también que otra diferencia importante radica en las relaciones existentes entre las partes intervinientes. En el contrato de obra pública la relación es meramente entre la Administración y el contratista, mientras que en la concesión de obra pública se establecen relaciones entre la Administración concedente y el concesionario, pero además entre estos y los usuarios de la obra.

"En el contrato de obra pública solo se crean relaciones jurídicas entre el Estado y el constructor, mientras que en la concesión de obras públicas se establecen también con el administrado en virtud de la delegación que hace la administración en el concesionario.".[19]

Por su parte, la diferencia entre la concesión de obra pública y el contrato de gestión interesada radica en que en éste último la Administración se sirve de un gestor para explotar los servicios determinados en el cartel de licitación y construir las obras necesarias para dicha explotación a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos resultantes de dicha gestión. En la concesión de obra pública, el concesionario construirá la obra a su riesgo y ventura y la Administración le otorgará como contraprestación el derecho de explotación de la misma por un tiempo determinado.

"La gestión interesada es una forma de gestión de los servicios y las obras públicas a través de la cual la Administración actúa mediante el concurso de un tercero (en este caso

[19] DIEZ (Manuel María), Derecho Administrativo, Tomo III, p. 293 citado por SABORÍO CARRILLO (José Antonio), op.cit., p. 149.

un particular), **el cual actúa por cuenta y a nombre del Estado**, quien cobra el servicio, dando como remuneración al gestor un estipendio previamente definido. En este caso, **es el ente público respectivo el que continúa a cargo del bien y de todos los servicios públicos relacionados con éste, pero sirviéndose del gestor como administrador**. La responsabilidad por el servicio público allí prestado permanece en manos del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que ante él pueda asumir el gestor por faltas a sus deberes. Se diferencia de otras figuras tales como la concesión de obras y servicios públicos en el tanto en que en estas últimas ocurre una verdadera traslación de la prestación y explotación del servicio; asimismo, en la concesión la retribución del particular se produce a partir de los pagos que reciba directamente del público, y la responsabilidad reposa siempre en el concesionario. Es claro entonces que ambas figuras –la concesión y la gestión interesada– no deben ser confundidas.".[20]

Con relación a la concesión de obra pública y la concesión de servicios públicos, la diferencia entre estas dos radica en el objeto de cada una. Así:

"... en la concesión de servicios públicos se requiere *una actividad* del concesionario aunque, en el marco de la delegación de competencia estatal que se le ha conferido necesite para el desarrollo de esa actividad (en la que está interesada el bien común) la construcción de una obra pública. En tal caso, la obra es algo *instrumental*, accesorio del

[20] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto número 5431-02, de las 14 horas 30 minutos del 4 de junio de 2002.

verdadero compromiso del sujeto delegado cuyo cometido se desenvuelve a través de la realización de esa actividad de interés público.".[21]

En la concesión de obra pública:

"... la prestación principal a cargo del concesionario es un *opus*, la obra o trabajo público, se tratará de una concesión de obra pública. El objeto del contrato es conseguir la construcción, reparación, conservación, mantenimiento, modificación, etc., de una obra pública...".[22]

De esta manera, aunque en ambas figuras la primera etapa puede ser igual, sea la construcción de la obra, puesto que en algunos casos la concesión de servicios públicos requiere de la construcción de la misma para eventualmente brindar el servicio concesionado, la segunda etapa es distinta en ambos contratos. En la concesión de obra pública la segunda etapa consistirá en la explotación que hará el concesionario de la obra con el fin de cobrar directamente a los usuarios una contraprestación por la utilización de la misma. Por su parte, la segunda etapa en la concesión de servicios públicos consistirá en la organización y explotación de un servicio público utilizando, entre otros medios, la obra.

Sección II: Evolución Histórica

[21] MERTEHIKIAN (Eduardo), La Iniciativa Privada en la Concesión de Obra y de Servicios Públicos, Argentina, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992, p. 76.
[22] FANELLI EVANS (Guillermo E.), citado por MERTHEIKIAN (Eduardo), op.cit., pp. 76 y 77.

La concesión de obra pública no es un concepto nuevo. Desde el siglo XVI la autoridad pública de Francia pensó en recurrir a prestatarios privados para encomendarles, en nombre suyo y bajo su control, una actividad económica que procurase un servicio colectivo a los ciudadanos. Es así como en 1554 se otorgó la primera concesión a Adam de Craponne, para la realización de un canal.[23]

En los últimos dos siglos, las redes de infraestructura en agua, electricidad, gas y transporte fueron desarrolladas por firmas privadas.

En 1777 el gobierno francés le dio a los hermanos Perrier una concesión por 15 años para recoger y distribuir agua a casas en diferentes lugares en París.

En Inglaterra había por lo menos seis compañías privadas de agua operando en 1820, y en los Estados Unidos en los siglos XV y XVI las máquinas hidráulicas construidas eran privadas.

En Brasil, Chile, Costa Rica y México firmas locales privadas fueron responsables del desarrollo eléctrico. Las empresas de electricidad eran propiedad del sector privado y operaban en ambientes competitivos, sin mayor regulación y sumamente riesgosos.

---

[23] MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES VIVIENDA, DIRECCIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS E INTERNACIONALES, Financiamiento de Infraestructuras y Servicios Colectivos, Francia, París, Presses de l'ecole nationale des Ponts et chaussées, 2001, p. 7.

Estas tenían concesiones pero no tenían derechos exclusivos que las protegieran de la competencia del mercado.[24]

En cuanto al gas, en el Reino Unido las concesiones exclusivas nunca fueron legalizadas y por esta razón, para 1850, 14 compañías privadas de gas operaban por toda Inglaterra.

El sector transporte ofrece también muchos ejemplos de construcciones de infraestructura hechas por el sector privado. En Francia, el rey concesionó carreteras y puentes en donde los concesionarios recolectaron peajes a cambio de darle mantenimiento a las carreteras. Varios canales también fueron construidos en Francia bajo el modelo de concesión a principios del siglo XVII. El contrato de concesión establecía la tarifa que podía ser cobrada y el tiempo que debía durar la construcción de la obra. Los empresarios que construyeron el canal asumieron el riesgo de mercado.

En muchos países latinoamericanos como México, Costa Rica, Argentina, Brasil y Uruguay, desarrolladores privados de Inglaterra, Francia y Estados Unidos, construyeron muchos de los primeros ferrocarriles. El sistema ferrovial mexicano denominado Ferrocarriles Nacionales de México, formado en 1909, es un ejemplo de lo anterior.

En 1880 el gobierno mexicano implementó una política de promoción de la construcción de ferrocarriles a través de subsidios dados a las compañías privadas, principalmente a través de otorgamiento de tierras, lo cual atrajo mucho capital inglés y estadounidense.

---

[24] BANCO MUNDIAL, "Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award", World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector and Infrastructure Network, Banco Mundial, Washington, D.C., 1998, p. 2.

La construcción privada de numerosas compañías produjo una red desorganizada con duplicaciones de rutas. A raíz de esta situación, el gobierno intentó consolidar estas compañías y comprar parte de su capital. Es así como se creó el sistema ferrovial antes mencionado propiedad en su mayoría del gobierno mexicano pero con alguna participación de Estados Unidos y de Gran Bretaña. Después de esto el sistema ferrovial mexicano fue completamente nacionalizado y ahora está siendo privatizado otra vez.[25]

En Costa Rica, el contrato para arreglo de la deuda exterior de Costa Rica y la conclusión y explotación del Ferrocarril al Atlántico, denominado popularmente el contrato Soto-Keith, es también un ejemplo de lo anteriormente indicado. Este fue firmado el 5 de abril de 1884 por el licenciado Bernardo Soto, Secretario de Estado en los Despachos de Fomento, Hacienda y Comercio y el estadounidense Minor Cooper Keith Y Meiggs. Éste establecía las condiciones en las que el señor Keith Y Meiggs, a través de una compañía legalmente organizada, denominada "Compañía del Ferrocarril de Costa Rica", construiría un ferrocarril que, partiendo de las inmediaciones del Río Reventazón en la línea férrea del Atlántico, pasara por el valle de dicho río y viniera a terminar en la ciudad de Cartago. Adicionalmente, en este contrato el Gobierno de Costa Rica cedió en plena propiedad a la empresa constituida, por el término de 99 años, los ferrocarriles construidos entre Limón y Cartago, Cartago y Alajuela y el que se construiría entre Cartago y el Puente del Reventazón.[26]

---

[25] Ibid.
[26] PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Contratos Northern Railway Co: Resumen de Conceptos, Costa Rica, 1883, pp. 26, 27, 28 y 33.

Si bien en Costa Rica existían contratos como el Soto-Keith los cuales estaban estructurados de una manera muy similar a la que conocemos hoy en día como concesión de obra pública, ésta aun no había sido definida expresamente.

La Constitución Política[27] vigente contempla, desde su creación, la figura de la concesión de obras públicas en el artículo 121, inciso 14 y en el 182, mas no su definición.

El artículo 121 inciso 14 establece los bienes que no podrán salir definitivamente del dominio del Estado, los cuales 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.

Asimismo, el artículo 182 constitucional establece que los contratos para la ejecución de obras públicas se harán mediante un proceso de licitación.

La concesión de obras públicas fue definida expresamente hasta la creación del Reglamento Ejecutivo de la Ley de la Administración Financiera (LAF)[28] y del Reglamento de la Contratación Administrativa (RCA).[29]

El artículo 195 del RCA definió esta figura de la siguiente manera:

---

[27] Constitución Política de la República de Costa Rica del 7 de noviembre de 1949.
[28] Ley de la Administración Financiera número 1279 del 2 de mayo de 1951.
[29] Reglamento de la Contratación Administrativa número 7576-H, del 23 de setiembre de 1977, publicado en el Alcance número 53 a La Gaceta número 202 del 26 de octubre de 1977.

"La concesión de obra pública, sea aquélla respecto a la cual el concesionario se compromete a construir una obra, a darle mantenimiento y a explotarla, cobrando normalmente a los usuarios un estipendio por un tiempo determinado, en vez de demandar un precio alzado directamente de la Administración, requiere de ley especial que la autorice. En el evento de que la ley respecto a trámites, que autoriza tal procedimiento resulte omisa y en cuanto pertinentes, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del presente Reglamento, relativas a la licitación pública y a contratos de obra.".[30]

Para este entonces, el Estado se había percatado de la importancia que la infraestructura tenía como medio para satisfacer las necesidades de interés público y de lo necesario que era implementar la idea de la concesión de obra pública en el país. Con la aplicación de la concesión, el país podría contar con infraestructura adecuada sin que la Administración tuviera que correr con los gastos de la construcción de la misma, permitiendo al Estado disponer de sus fondos para otros proyectos, sin embargo, la normativa vigente necesitaba una modificación puesto que tenía lineamientos rígidos que eran poco atractivos para los inversionistas.

Es así como en el año 1991, el Poder Ejecutivo solicita una reforma, vía decreto, al Reglamento de la Contratación Administrativa antes mencionado, acción que fue rechazada por la Contraloría General de la República, obligando a este ente a la presentación de un proyecto para la creación de una ley de concesión de obra pública.

[30] Ibid., art. 195.

En 1994, se emite la Ley General de Concesión de Obra Pública número 7404 del 3 de mayo de 1994, y su Reglamento, Decreto Ejecutivo número 23878-MOPT del 12 de diciembre de 1994. Es a partir de la promulgación de esta normativa que los contratos de concesión de obras públicas, en Costa Rica, empezaron a tener un régimen jurídico propio.

En la exposición de motivos de la ley 7404 se indicó que "... la importancia de esta figura contractual se torna particularmente relevante y su regulación impostergable, en la actual coyuntura que vive el país, donde la escasez de recursos públicos solo posibilita la construcción de obras, a partir del financiamiento privado.".[31]

Sin embargo, producto de los vacíos que la ley 7404 evidenció, ésta fue modificada dando origen a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (LGCOP)[32] número 7762 de 14 de abril de 1998, y al Reglamento de esta ley (RLGCOP), Decreto Ejecutivo número 27098-MOPT del 12 de junio de 1998[33].

El artículo 64 de la LGCOP, por su parte, establece que en lo no previsto en la LGCOP, se aplicarán supletoriamente la Ley General de la Administración Pública (LGAP),

---

[31] Diario Oficial La Gaceta, número 169, San José, viernes 6 de setiembre de 1991, p.1.

[32] Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (LGCOP) número 7762 de 14 de abril de 1998, publicada en el alcance número 17 a la Gaceta 98 de 22 de mayo de 1998.

[33] Reglamento a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (RLGCOP), Decreto Ejecutivo número 27098-MOPT del 12 de junio de 1998, publicado en el alcance número 27 a la Gaceta número 115 de 16 de junio de 1998.

número 6227 del 2 de mayo de 1978, y la Ley de la Contratación Administrativa (LCA), número 7494 del 2 de mayo de 1995.

Por esta razón, se concluye que la normativa que rige actualmente la materia de concesión de obra pública en Costa Rica es la Constitución Política, la LGCOP, el RLGCOP, la LGAP y la LCA.

La LGCOP es aplicada por primera vez en las obras de reconstrucción y reparación de la Carretera Bernardo Soto, cuya adjudicación se llevó a cabo bajo el procedimiento establecido por la anterior Ley General de Concesión de Obra Pública, Ley número 7404. El 6 de setiembre de 2000, el Gobierno acordó rescindir el contrato de ampliación y reparación de la carretera a la empresa Mariscal Hermanos por incumplimiento contractual.[34]

El 8 de agosto de 2003 la Contraloría General de la República refrendó, siguiendo los lineamientos estipulados en la LGCOP, el contrato que permitirá iniciar la ejecución del camino entre San José y Caldera, después de veinticinco años de intentos estatales por concretar la obra. Este es un gran paso no sólo de la obra como tal, sino también para el modelo de concesión de obra pública, el cual produce un gran beneficio para el país porque representa inversión extranjera directa y creación de puestos de trabajo para nacionales y, además, porque con la experiencia adquirida por el país en materia de concesión se permitirá en el futuro impulsar procesos de una manera mejor y más ágil.

[34] Periódico La República, Sistema de Concesiones con Segundo Aire, 16 de agosto de 2003.

Actualmente, y después de haber sido refrendado este proyecto, el Consejo Nacional de Concesiones, órgano con desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, creado por la LGCOP, y encargado de adjudicar la concesión y de suscribir el contrato en nombre de la Administración concedente, cuando le corresponda, tiene como objetivo emitir orden de inicio para la etapa de construcción del proyecto San José-Caldera y llevar a cabo la fiscalización apropiada de la sociedad concesionaria[35].

Otros proyectos de concesión que actualmente están en proceso ante el Consejo Nacional de Concesiones son los siguientes:

- Carretera San José-San Ramón: El contrato de concesión fue firmado el 30 de setiembre de 2004 por el presidente Abel Pacheco y los representantes del consorcio Autopistas del Valle, integrado por las firmas españolas Concesiones Viales de Costa Rica e Itinere Costa Rica, la portuguesa Soares Da Costa Concesiones Costa Rica y la compañía costarricenses M&S Concesiones.
- Radial Heredia: Se debe revisar y definir la estructura del proyecto y evaluar la factibilidad de promoción de la licitación.
- Anillo Periférico: Se deben incluir los estudios y preparar los documentos para la licitación del proyecto.

[35] http://www.mopt.go.cr/cnc/proyectos/san josé-calder.html.

- Carretera San José-Cartago: Consiste en la construcción, ampliación y mejoramiento de la autopista San José-Cartago, con una inversión de US$74,500,000.00 programada para licitarse en el 2004.
- Carretera San José-Limón: El Gobierno de Costa Rica ha incluido en su Plan de Concesiones la rehabilitación, ampliación y mejoramiento de la Carretera San José-Limón, con una inversión aproximada de US$200,000,000.00.
- Centro Penitenciario Pococí: La licitación se adjudicó en abril de 2002 a la firma MTC. Una vez suscrito el contrato de concesión, se remitirá para su refrendo a la Contraloría General de la República para que el Consejo Nacional de Concesiones emita la orden de inicio para la ejecución del proyecto.
- Terminal Granelera Puerto Caldera: Una vez suscrito el contrato de concesión, se remitirá para su refrendo a la Contraloría General de la República para que el Consejo Nacional de Concesiones emita la orden de inicio para la ejecución del proyecto.
- Proyecto Trem: Se sacará a concurso para realizar los estudios de factibilidad técnica, legal financiera y ambiental para la estructuración de la licitación pública internacional para la concesión de obra pública con servicios públicos. [36]

Sección III: Características

La concesión de obra pública es un contrato administrativo que, como tal, tiene un régimen jurídico propio, lo cual la diferencia del contrato de derecho privado. Esta tiene

[36] http://www.mopt.go.cr/cnc/proyectos/index.html. En esta página también se puede revisar la descripción detallada de cada uno de estos proyectos.

además características especiales que la distinguen de otras formas de contratación administrativa.

La LGCOP define la concesión de obra pública como el "contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el 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 o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.".[37]

Asimismo, la LGCOP define la concesión de obra pública con servicio público como el "contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.".[38]

Con base en estas definiciones se puede concluir que las características que distinguen la concesión de obra pública en Costa Rica son las siguientes:

a) Contrato Administrativo Bilateral o Sinalagmático

---

[37] LGCOP. op. cit., art. 1 inc. a.
[38] Ibid, inc. 2b.

El contrato de concesión es un contrato administrativo puesto que uno de los sujetos intervinientes en la relación es la Administración concedente. Es sinalagmático puesto que en él ambas partes (la Administración concedente y el tercero) quedan obligadas, recíprocamente, la una hacia la otra.

La Administración concedente, según lo define el RLGCOP, debe ser entendida como el Poder Ejecutivo, las empresas públicas y el sector descentralizado territorial e institucional.[39]

b) Oneroso y Conmutativo

Es un contrato oneroso ya que las partes convienen en una contraprestación por la ejecución material de la obra. Es conmutativo porque todas las prestaciones comprendidas y establecidas en él son presumiblemente equivalentes y justas basadas en la igualdad de derechos y deberes: el concesionario persigue lograr la mayor retribución posible, mientras que el Estado persigue cumplir con los deberes que le son propios al menor costo posible.

c) Formal

Es necesario, para que se dé su perfeccionamiento, no sólo el consentimiento de los sujetos de la relación, sino la suscripción de un contrato administrativo. El artículo 30 de

[39] RLGCOP, art. 6.1.

la LGCOP establece al respecto que el contrato se suscribirá una vez firme el acto de adjudicación y constituida la sociedad anónima nacional referida en el artículo 31 de la LGCOP. El contrato deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República.

d) Delegación sobre Cualquier Bien Inmueble Público

A través de la concesión, la Administración concedente le delega o le encarga al concesionario el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público. Las concesiones no pueden ser otorgadas sobre bienes de cualquier tipo, sino únicamente sobre aquellos bienes inmuebles públicos.

Esta aclaración hecha por la LGCOP es de suma importancia puesto que de aceptarse la aplicación del concepto a los bienes muebles, a estos últimos les sería aplicable el régimen jurídico de las obras públicas, sea el contrato de obra pública, el de concesión de obra pública o el de concesión de obra pública con servicio público, en lugar del contrato de suministro que es el que normalmente les aplica.

e) *Intuitu personae*

La concesión de obra pública debe ser ejercida por el concesionario personalmente, exclusivamente por su cuenta y riesgo. La Administración Concedente escoge al concesionario en virtud de su capacidad técnica, económica y profesional. Por esta razón, el contrato solo puede ser transferido o cedido si se cumplen las condiciones

estipuladas por el ordenamiento jurídico aplicable. En la sección IV de este capítulo se hará un análisis de la legislación que rige el contrato de concesión de obra pública en Costa Rica. Asimismo, en la segunda parte de este trabajo se analizará si es o no posible ceder este tipo de contratos, y si fuera posible, bajo qué condiciones sería viable esta cesión.

f) Sujetos

Los sujetos que intervienen en una concesión de obra pública son:

(i) La Administración concedente, que es quien otorga la concesión y fiscaliza, permanentemente, toda construcción y explotación de las obras concesionadas, de acuerdo con el programa de construcción y mantenimiento de las obras[40]; y

(ii) El concesionario, que es aquel a quien se otorga la concesión. Según lo estipulado en el artículo 1 de la LGCOP, anteriormente citado, este puede ser una persona pública, privada o mixta.

Estos dos sujetos son los que, en principio, intervienen en la concesión. Sin embargo, hay terceros, llamados usuarios, a quienes pueden alcanzar los efectos de la concesión, ya que ésta se otorga en beneficio suyo, por el interés general que reviste.

---

[40] LGCOP, op.cit., art. 16, inc. a.

Los usuarios, al igual que la Administración concedente y que el concesionario, tienen derechos y obligaciones. Dentro de los derechos que éstos tienen está el disfrutar de las obras o servicios concesionados que se exploten, de acuerdo con los principios de continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad y generalidad. Si por alguna razón estos derechos fueran violados, los usuarios tienen derecho a presentar las denuncias, peticiones o quejas ante la Administración concedente o ante las instancias administrativas que correspondan, con el objeto de que sus derechos sean tutelados.

Por su parte, y dentro de las obligaciones que tienen los usuarios, está el pagar al concesionario la tarifa o precio autorizado por la Administración concedente como contraprestación por la explotación del servicio o de la obra.

g) Contraprestaciones

La concesión de obra pública, como se explicó anteriormente, es otorgada al concesionario por la Administración concedente. La Administración, en lugar de pagarle un precio al concesionario por la construcción de la obra, le transfiere la potestad pública de explotar la misma por un determinado tiempo, con el fin de que éste perciba el peaje, la tarifa o el aporte convenido, de los usuarios o beneficiarios del servicio, o de la Administración concedente, respectivamente, de manera tal que pueda recuperar la suma de capital e intereses invertidos y además obtener un margen razonable de ganancia.

El término peaje se refiere al precio que pagan los usuarios por el uso directo de una obra en la que no hay prestación de servicio alguno, como por ejemplo, las autopistas. La tarifa, por su parte, es el precio que paga el usuario de un servicio.[41]

Para Escola, peaje, en el contrato de concesión de obras públicas es:

"...la contribución o pago que el concesionario tiene derecho a exigir de los administrados que utilizan la obra, y cuyo cobro no depende de la voluntad o arbitrio del cocontratante, sino de lo que al respecto se haya establecido en el contrato de concesión o, en su defecto, de lo que determine la administración pública, sobre la base de los principios propios del derecho administrativo. El peaje, ..., se aplica en el caso de distintas obras públicas como caminos, puentes, túneles, aeródromos, etc., que presentan la particularidad de ser obras que están destinadas al uso público directo e inmediato de los particulares, que son precisamente quienes los pagan al utilizarlos.".[42]

La tarifa constituye uno de los problemas más graves e importantes en el régimen jurídico de la concesión. Los conflictos a que da lugar la tarifa exigen la determinación precisa de su naturaleza jurídica. La tarifa interesa a la Administración Pública, por su influencia en la economía del Estado, al concesionario por cuanto es el medio, en principio único, para amortizar y servir los capitales invertidos en la empresa y a los usuarios, que son los únicos que deben obligatoriamente pagarla.[43]

---

[41] SABORÍO CARRILLO (José Antonio), op.cit, p.117.
[42] ESCOLA (Héctor Jorge), Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen II, p. 306.
[43] TAWIL (Guido S.), Servicio Público: ¿eficacia o desgobierno? (A propósito de privilegios, tarifas, atención al público y otros problemas presentes en el proceso de transformación del Estado), "L.L.", 1991-

El peaje o la tarifa no son inmutables, sino son elementos variables, sujetos a las modificaciones que impongan las condiciones en que se presten los servicios. En virtud de lo anterior, la revisión periódica del peaje y las tarifas es jurídicamente legítima y económicamente necesaria para efectos de mantener la ecuación o equilibrio económico-financiero de la concesión. [44]

El equilibrio económico-financiero es el que las partes buscan tener con el fin de asegurar el mantenimiento, durante todo el plazo de la concesión, de los elementos con que estas inicialmente contrataron.

El término equilibrio económico-financiero de la concesión, refleja una relación entre la inversión o gasto efectuado por el concesionario, los riesgos involucrados en el contrato y la distribución de los mismos por un lado, y, por el otro, el beneficio o retribución que este espera obtener a través del peaje o la tarifa que cobra a los usuarios, y eventualmente, a través de aportes y contrapartidas reconocidas por la Administración concedente, durante todo el plazo de la concesión.

La remuneración al concesionario también puede consistir en una subvención que le otorga el Estado, por dos razones: el interés de los usuarios y el interés del público en general. La subvención puede consistir en una suma fija, periódica o no, o en una

---

C-652; Farrando (h.), Sarmiento García y otros, Los servicios públicos, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 63, n. 1. citado por GERSCOVICH (Carlos G.) y TAVARONE (Marcelo R.) Financiación de proyectos –Project Finance –Buenos Aires, Argentina, Ediciones De Palma Buenos Aires, 2000, p. 16.

[44] DROMI (Roberto), op.cit., p. 470.

garantía del Estado, asegurando al concesionario un beneficio mínimo por la explotación de la obra. [45]

Los aportes y contrapartidas otorgados por la Administración concedente están contemplados en el artículo 43 de la LGCOP y son los siguientes:

a) Aportes en dinero, los cuales podrán ser entregados en la etapa de construcción o la de explotación, según se determine en el cartel respectivo;
b) Aportes en bienes en calidad de usufructo, para ser explotados por el concesionario, aun cuando no tenga relación directa con la concesión; y
c) Deuda subordinada.

Asimismo, la contraprestación al concesionario puede provenir en su totalidad del Estado. Este es el caso de la concesión de la Cárcel de Pococí, por ejemplo, en la cual la Procuraduría admitió que la contraprestación al concesionario podía venir en su totalidad del mismo Estado.

[45] DROMI (Roberto), op.cit., p. 470.

CAPÍTULO SEGUNDO. EL FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS

Sección I: Antecedentes

El financiamiento de proyectos o *project finance* (FP) es un método de financiamiento a largo plazo para proyectos de gran envergadura, en el cual la inversión financiada es pagada a través del flujo de capital que genere el mismo proyecto.

Determinar cuál fue el período histórico en que surgió el modelo de FP no es algo fácil. Hay quienes dicen que esta figura tiene sus orígenes en el seno de los contratos de financiación en el Reino Unido con el fin de incorporar la financiación privada al sector público.[46]

Hay otros que dicen que los orígenes de esta figura se encuentran en la época medieval, siglo XII, cuando la Corona inglesa, en 1299, negoció con Frescobaldi, un banco italiano líder en esa época, un préstamo para el desarrollo de las minas de plata de Devon.[47] El contrato de préstamo establecía que el prestamista podía controlar la operación de las minas por un año. Ni la Corona inglesa, ni nadie más dio garantías sobre lo prestado. El prestamista debía pagar el crédito con los beneficios obtenidos de la producción de estas minas.

---

[46] VAÑÓ VAÑÓ (María José), El contrato de "Project Finance", Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2002, p. 36.

[47] FINNERTY (John D.), *Project Financing. Asset – Based Financial Engineering*, Nueva York, Estados Unidos de América, John Wiley & Sons, Inc., 1996, p. 4.

Tradicionalmente, los proyectos públicos de gran envergadura en países desarrollados habían sido financiados a través de deuda pública. En países en vías de desarrollo, estos habían sido financiados por el gobierno pidiendo prestado al mercado bancario internacional, a instituciones multilaterales como el Banco Mundial, o a través de créditos para la exportación. [48] Poco a poco esto fue cambiando, cuando la privatización y la desregulación cambiaron la manera en que los proyectos de gran envergadura fueran financiados, transfiriendo una gran parte de la financiación de este tipo de proyectos del sector público al sector privado.

En el siglo XVIII y a principios del siglo XIX, el sistema vial inglés fue renovado usando fondos del sector privado basado en los ingresos obtenidos de los peajes. También, en el siglo XVIII fueron financiados numerosos proyectos de construcción de infraestructura utilizando el modelo de FP en otros lugares, como por ejemplo, las líneas férreas en Argentina en 1860, en India en 1880 y el Canal de Suez en 1850.[49] El ferrocarril y los servicios de agua, gas, electricidad y telefonía, fueron desarrollados alrededor del mundo en el siglo XIX, principalmente con inversión del sector privado. Durante la primera mitad del siglo XX, el Estado tomó a su cargo el financiamiento de estas actividades en varios países; sin embargo, en los últimos 20 años, este proceso ha venido cambiando.[50]

Sección II: Concepto

[48] YESCOMBE (E.R.), *Principles of project finance*, Londres, Reino Unido, Academic Press, 2002, p. 1.
[49] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op.cit., p. 36.
[50] YESCOMBE (E.R.), op. cit., p. 5.

El financiamiento de proyectos o *project finance* debe considerarse una institución propia de la moderna ingeniería financiera. Se basa en el principio general de la autonomía de la voluntad y se incorpora al tráfico económico como consecuencia del traspaso de la financiación de infraestructuras y otras obras y servicios, normalmente públicos, del sector público al privado, aunque también se aplica a la financiación de obras complejas de carácter estrictamente privado.[51]

El modelo del FP consiste en el levantamiento de deuda a largo plazo para proyectos de gran envergadura a través de "ingeniería financiera", basada en un préstamo contra el flujo de capital generado por el mismo proyecto. El FP es utilizado para el desarrollo, la construcción y la operación de un proyecto concreto, en el cual los prestamistas otorgan el crédito basándose principalmente en las ganancias que genere el proyecto y en los activos físicos afectados a él.[52]

Martín Paolantonio, escritor argentino, define el FP como: "La técnica de financiación mediante la cual se proveen fondos para la concreción de un determinado emprendimiento o proyecto por parte de una unidad económica o empresa; la fuente primaria, pero no necesariamente única de repago de los colocadores de fondos, es el *cash flow*[53] que generaría el emprendimiento luego del inicio de sus operaciones, y los

---

[51] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op.cit., p. 25. Para los efectos de este trabajo se analizará el FP en proyectos de concesión de obra pública.
[52] CHANCE (Clifford), *Project finance*, Londres, IFR Books, 1991, p.3. citado por BARBIER (Eduardo Antonio), Contratación bancaria 2 Empresas, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002, p. 204.
[53] En español: flujo de caja.

activos de ese emprendimiento, en la extensión admitida por la ley aplicable, se utilizan como garantía o colateral en beneficio de los colocadores de fondos.".[54]

La aplicación de este modelo de financiamiento depende de una detallada evaluación del proyecto, de los riesgos de operación y de los réditos y de la distribución de estos riesgos entre los inversionistas, los prestamistas y otras partes, a través de contratos y otro tipo de acuerdos.[55]

El requisito fundamental del FP es que el proyecto financiado sea viable, de modo que permita obtener un flujo de caja a lo largo de la vida del proyecto, y, además, conseguir una distribución clara de los riesgos entre los participantes.[56]

Es importante tener claro que el FP es una figura diferente a otras formas tradicionales de financiación de proyectos, como por ejemplo, el financiamiento directo. El modelo conocido como FP lleva consigo características especiales que lo hacen ser diferente de cualquier otro mecanismo de financiación.

Sección III: Características

[54] PAOLANTONIO (Martín E.), Operaciones financieras internacionales, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1997, p.263, citado por BARBIER (Eduardo Antonio), op. cit., p. 205.
[55] YESCOMBE (E.R.), op.cit. p. 1.
[56] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 4. En el mismo sentido ver WOOD, R. (Philip), *Project finance, subordinated debt and State loans*, Londres, Reino Unido, Sweet & Maxwell, 1995, p. 3.

El financiamiento de proyectos es una estructura financiera "non-recourse"[57] (los socios del proyecto no otorgan garantías sobre lo prestado) o "limited recourse"[58] (los socios del proyecto otorgan garantías limitadas sobre lo prestado), que se da a través de una entidad jurídica específica denominada *compañía proyecto*, en donde la deuda, el capital y condiciones adicionales beneficiosas para el acreedor son combinadas para la construcción y operación, o la refinanciación de una obra específica, en la que los prestamistas fundamentan sus valoraciones crediticias en los ingresos proyectados por la operación de la obra, más que en los activos o en el crédito que el promotor o accionista del proyecto pueda tener. Bajo esta figura, los prestamistas toman los activos de la obra, incluyendo los contratos complementarios al contrato de préstamo, como garantías subsidiarias de la deuda.[59]

De esta definición se pueden desprender las siguientes características especiales que tiene el modelo de FP.

a) En la estructura típica del FP, el proyecto deberá ser desarrollado sin garantías otorgadas por los promotores o accionistas del mismo **(non-recourse)** o con garantías limitadas otorgadas por estos **(limited recourse)**.

b) El proyecto se llevará a cabo a través de una entidad jurídica creada para llevar a cabo el proyecto denominada **compañía proyecto** o sociedad vehículo del proyecto

[57] En español: Sin recurso.
[58] En español: Con recurso limitado.
[59] HOFFMAN (Scott L.), *A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations*, 45 Bus. Law. 181 n.1. (1989), citado por HOFFMAN (Scott L.) op.cit., p. 5.

(SVP).[60] La constitución de una sociedad con este objeto específico proyecta notorias ventajas jurídicas y contables. Una entidad especialmente creada como soporte del proyecto permite la desconexión entre la contabilidad de las sociedades promotoras y las cuentas de la sociedad ejecutante del proyecto, aliviando sus respectivos balances.[61]

Este tema ha traído muchísimos problemas en nuestro país puesto que la LGCOP exige una garantía solidaria entre el adjudicatario y la SVP que se crea, situación que no permite que se dé la desconexión antes dicha e impidiendo, asimismo, que se alivien los respectivos balances. La forma en que en se ha resuelto en la práctica esto es admitiendo que participen sociedades con objeto único como oferentes, de forma que las matrices, que son las que aportan la capacidad financiera y la experiencia técnica, no deban responder en forma solidaria con la sociedad concesionaria.

c) El financiamiento de proyectos tiene dos elementos importantes: **el capital**, aportado por los inversionistas en el proyecto; y **la deuda**, aportada por uno o más grupos de prestamistas.

d) En el FP hay un **alto nivel de apalancamiento**[62]**.** La deuda en el *project finance* puede cubrir entre un 70% y un 90% de los costos del proyecto, produciendo esto,

---

[60] En inglés: "Special Purpose Vehicle"o SPV.
[61] BARIBIER (Eduardo Antonio), op.cit., p. 208.
[62] ROSENBERG (J.M.), Diccionario de Administración y Finanzas, Grupo Editorial Océano, Barcelona, España. ROSENBERG define APALANCAMIENTO como la "Ventaja (o desventaja) obtenida al financiar negocios con dinero prestado, cuando la tasa neta de interés del préstamo es menor (o mayor) que la tasa de ganancias de la compañía.". Asimismo define APALANCAMIENTO FINANCIERO como la "Relación entre el pasivo exigible y los fondos propios en la estructura financiera de la empresa. Una

por un lado, un riesgo mayor para el prestamista y, por otro lado, una tasa de retorno más elevada sobre el capital invertido por los socios.

e) Los **riesgos** en el FP estarán distribuidos entre las partes intervinientes en el proyecto. Dos principios básicos deben guiar el reparto de estos riesgos: 1. El riesgo asumido debe ser remunerado, los riesgos tomados por un socio deben ser proporcionales a los beneficios (financieros, socio-económicos, etc.) que pueda recibir el proyecto y, 2. Los riesgos deben ser asumidos por quienes mejor puedan hacerlo.[63]

f) El **retorno de capital** de los inversionistas es dependiente del éxito del proyecto, ya que la deuda basada en el FP tiene como soporte los flujos de capital generados por el mismo proyecto.

g) Las **expectativas de cobro de los acreedores** se concentrarán en la suma de dinero que los usuarios del proyecto paguen a la empresa, pues los préstamos serán hechos durante la etapa de construcción y su pago será efectuado una vez que la empresa concesionaria haya empezado a operar y a percibir los pagos correspondientes por parte de los usuarios.

---

relación alta indica un apalancamiento fuerte, y aumenta la rentabilidad sobre los capitales propios, siempre que la rentabilidad de la empresa sea superior al coste de los recursos ajenos.".

[63] MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES VIVIENDA, DIRECCIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS E INTERNACIONALES, op.cit., p. 55.

h) La deuda del proyecto se encuentra separada de las obligaciones directas de los promotores. Así, esta contingencia constará en los estados financieros de la SPV mas no en los estados financieros consolidados de los promotores **(off-balance-sheet financing)**.

Como se mencionó anteriormente, este tema ha sido problemático en nuestro medio puesto que al exigir la LGCOP que la matriz tenga una responsabilidad solidaria con la SVP, la deuda del proyecto no solo constará en los estados financieros de la SVP sino también en los de la sociedad matriz.

i) La **garantía principal** para los prestamistas será los flujos de capital generados por el mismo proyecto. Los activos del proyecto incluyendo los contratos con terceras partes, las licencias, los seguros, entre otros, constituyen generalmente **garantías subsidiarias** para los prestamistas.

j) El FP requiere el establecimiento de **una fuente segura de ingresos,** como por ejemplo tarifas o pagos del Estado, entre otras, que permitan a los inversores recuperar la inversión efectuada en el proyecto y obtener un razonable margen de ganancia, así como que puedan cancelarse los créditos otorgados para su ejecución.

k) Otra característica distintiva del FP es la exigencia al deudor de que las **sumas recibidas en préstamo sean exclusivamente empleadas para el pago de los costos del proyecto**, v.gr., costos de construcción. El uso de los fondos para finalidades

distintas de las establecidas en el contrato constituiría un incumplimiento por parte del deudor.[64]

l) Con respecto al **plazo del financiamiento**, los proyectos financiados bajo la estructura del FP generalmente cuentan con un plazo largo, aproximadamente de diez a quince años, o más, para el levantamiento de la deuda. Al ser proyectos de gran envergadura los que se financian a través de esta estructura, y por tener estos características especiales, como son su **monto**, el hecho de que el **financiamiento esté ligado a un flujo de ingresos** y los **riesgos que les están asociados**, hacen necesaria la utilización de una estructura financiera creativa que, además de financiar el proyecto, logre que todas las generaciones de usuarios que se beneficiarán durante la vida útil del mismo paguen su financiamiento, y no únicamente los usuarios de los primeros años.

En relación con lo anterior, un financiamiento corto llevará a una duración más corta del proyecto, pero la tarifa unitaria del servicio tendrá un impacto sobre los usuarios de los primeros años. Por otro lado, un financiamiento a largo plazo llevará a un pago de interés globalmente más pesado; sin embargo, estos pagos serán menores, si se les considera aisladamente. Esto es importante a considerar en obras específicas, por ejemplo las de infraestructura de transporte público. En este tipo de obras se da una curva de rendimientos muy característica. Mientras una central eléctrica funciona casi siempre a plena capacidad y puede vender toda su producción unos

[64] GERSCOVICH (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.), op. cit., p. 81.

meses después de su finalización, una obra de carretera, por el contrario, no obtiene desde el principio la fidelidad de los usuarios y empieza a funcionar a toda su capacidad hasta algunos años después de su inauguración. A este período de aceleración, como lo llaman los peritos en estudio de tráfico, se suma a menudo un período de construcción largo y sujeto a imprevistos técnicos.[65]

Sección IV: Diferencias entre el contrato de financiamiento de proyectos y el financiamiento directo

No cualquier proyecto puede ser financiado a través de un FP. Es importante analizar las características del proyecto para determinar si es posible financiarlo por medio de este mecanismo o por medio de un financiamiento directo.

El siguiente cuadro refleja las diferencias que existen entre un FP y un financiamiento directo.

CRITERIO	FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS	FINANCIAMIENTO DIRECTO
ANÁLISIS DEL CRÉDITO POR PARTE DE LOS PRESTAMISTAS	Basado en los ingresos previsibles del proyecto y el valor de los activos como elemento colateral.	Basado en los estados financieros históricos consolidados y las perspectivas de los prestatarios.
INGRESOS Y ACTIVOS	Están separados de los negocios y operaciones de los promotores.	No están separados de los ingresos y activos incluidos en otros negocios y operaciones del prestatario.
RECURSOS	Los prestamistas no tienen recurso o lo tienen limitado sobre los promotores y sobre los rendimientos esperados en	Los prestamistas tendrán plena disponibilidad sobre los activos del prestatario.

[65] MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES VIVIENDA, DIRECCIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS E INTERNACIONALES, op.cit., p. 103.

	el proyecto. Los prestamistas asumen el riesgo puro del proyecto el cual se mitigará luego a través de diversos mecanismos. Los activos de la sociedad vehículo del proyecto no podrán gravarse o sólo podrán gravarse en parte.	
ELEMENTOS COLATERALES	Elementos colaterales como los activos del proyecto, contratos, permisos y autorizaciones suelen tenerse en cuenta en el otorgamiento de la concesión puesto que la imposibilidad de su obtención puede hacer fracasar el proyecto.	Los elementos colaterales no son tomados en cuenta puesto que el financiamiento se otorga sobre la base de la situación crediticia del prestatario.
DEUDA	Esta se reflejará exclusivamente en los estados financieros de la sociedad vehículo y no necesita ser consolidada en los estados financieros de ninguno de los promotores.	Esta se reflejará en los estados financieros consolidados de la sociedad matriz o de los promotores.
DISPOSICIÓN SOBRE EL CRÉDITO CONCEDIDO	La disposición del crédito está estrictamente limitada a su aplicación al proyecto.	Se puede disponer libremente del crédito, e inclusive se puede aplicar a nuevas inversiones de capital o bien a la distribución entre los accionistas.
CONTROL Y SUPERVISIÓN	Los prestamistas ejercen un control activo y estricto sobre el proyecto, incluso pueden imponer a la sociedad una serie de coberturas estrictas o bien de obligaciones negativas en relación con el proyecto y generalmente obtienen garantías reales sobre los activos del proyecto y sobre los flujos financieros. Las obligaciones de información también son mucho más rígidas.	Los prestamistas desarrollan una actividad de control y supervisión limitada y las coberturas y obligaciones negativas suelen ser más flexibles.

[66]

[66] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op.cit., pp. 140-142.

Sección V: Sujetos involucrados en un FP

Uno de los desafíos más grandes de esta estructura de financiamiento está en determinar cuáles son los sujetos intervinientes, sus intereses y la manera de conciliar estos intereses, ya que por lo general estos son contrapuestos.

Los sujetos intervinientes en todo proyecto de financiación son los siguientes:

a) PROMOTORES O ACCIONISTAS

Los promotores, accionistas o "*sponsors*" son los interesados en el desarrollo del proyecto, los cuales se beneficiarán ya sea económicamente o por el desarrollo, construcción y operación del mismo.

Estos cumplen un papel de suma importancia en la estructuración del FP. Si bien por la naturaleza de esta estructura de financiamiento puede ser que ellos no respondan, al menos en principio, por el buen funcionamiento del proyecto ante los prestamistas, o respondan de manera limitada, lo cierto es que un factor importante a considerar por las entidades financieras es las características especiales que tengan los promotores o accionistas. Entre estas características están: la experiencia en el desarrollo de este tipo de proyectos, el capital invertido y la habilidad financiera para hacerle frente al proyecto en caso de alguna eventualidad, entre otras.

Los derechos y expectativas de los acreedores están respaldados por el contrato proyecto[67], que es el contrato que estipula las condiciones por medio de las cuales la SVP obtendrá sus ingresos, y los otros contratos anexos a este como son el contrato de construcción, el de operación y mantenimiento, el de suministro de materiales, el de apoyo estatal y el de seguros, los cuales serán explicados en la sección VI de este título.

b) LA COMPAÑÍA PROYECTO

Los promotores o accionistas generalmente forman parte de una compañía proyecto, normalmente denominada sociedad vehículo del proyecto (SVP), la cual se crea con el único fin de adquirir la financiación, de negociar los distintos contratos que integran ese proyecto y de construir y operar el mismo.

La sociedad vehículo es la entidad que desarrollará, construirá, operará y mantendrá el proyecto. La naturaleza jurídica de esta sociedad variará dependiendo de varios factores.

En Costa Rica, en materia de concesión de obras públicas, la LGCOP establece que esta sociedad será una sociedad anónima nacional, la cual será constituida por el adjudicatario de la concesión de obra pública dentro de los noventa días naturales contados a partir de la firmeza del acto de adjudicación. Esta sociedad tendrá como objeto único y exclusivo la ejecución del contrato de concesión y le serán aplicables las normas del Código de

[67] En ingles, "Project Agreement".

Comercio. La sociedad será disuelta, una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella. [68]

c) CONSTRUCTOR

El constructor es el encargado de construir la obra (en el caso de que la construcción sea parte del proyecto) y de entregarlo en el plazo estipulado en el contrato de construcción.[69]

d) OPERADOR

Es la entidad encargada y responsable de la operación, mantenimiento y reparación de la obra. En algunos casos la operación del proyecto es asumida por alguno de los promotores del proyecto, en otros casos ésta es contratada con un tercero, el cual firmará un contrato de operación con la SVP.

e) ENTIDADES FINANCIERAS

Las entidades financieras son las encargadas de financiar una gran parte de los fondos para la realización del proyecto. Los bancos y los organismos internacionales, entre otros, son típicamente las entidades que proveen esta financiación. Las agencias de promoción de las exportaciones también pueden intervenir en este tipo de

[68] LGCOP, art. 31.
[69] En inglés este contrato es denominado "Engineer, Procurement, Construction Contract" y será explicado en la sección VI de este título.

financiamientos; sin embargo, su función es limitada en comparación con la de los otros dos.

Los bancos generalmente son agrupados por medio de un sindicato[70] en donde uno o más, constituidos como líderes, dirigirán y otorgarán los préstamos y sus respectivas garantías. A través del sindicato, los bancos tienen la sola intención de aportar las sumas necesarias para poder otorgar el préstamo requerido, compartir el riesgo de incumplimiento ante el fracaso y aprovechar una estructura administrativa creada para ser empleada por todos los bancos, lo cual reducirá considerablemente el costo del negocio.[71]

Los organismos internacionales, por su parte, suelen tener por objeto la promoción del desarrollo, ya sea en una región o en una categoría determinada de países. Ejemplos de este tipo de organismos son la IFC[72], una organización subsidiaria del Banco Mundial que tiene a su cargo el desarrollo y financiamiento del sector privado en países subdesarrollados; la MIGA[73], asociación también subsidiaria del Banco Mundial cuyo fin es promover la inversión extranjera en países en vías de desarrollo, principalmente a través de las garantías contra el riesgo político de estos países; el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) encargado de promocionar el desarrollo de la región europea; en el área de América Latina y el Caribe está el Banco Interamericano de

---

[70] Término utilizado para referirse a una colectividad de bancos acreedores que actúan conjuntamente al amparo de un juego de contratos común.
[71] GERSCOVICH, (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.), op. cit., p. 39.
[72] IFC: *International Financial Corporation*; en español: Corporación Financiera Internacional (CFI).
[73] MIGA: Multilateral Investment Guarantee Association; en español: Asociación Multilateral de Garantías Internacionales (OMGI).

Desarrollo (BID), el cual está facultado para proveer apoyo económico, tanto a los gobiernos de sus países miembros como a los privados, siempre y cuando se promueva el desarrollo de esta área; y el Banco Centroamericano de Integración Económica, entre otros.

La intervención de organismos internacionales en la financiación de estos proyectos es importante, no sólo porque promueven el desarrollo de países en vías de desarrollo, en donde no es posible obtener que los bancos se interesen en financiar una parte importante del proyecto, sino también, porque los organismos internacionales brindan beneficios adicionales, como la provisión de préstamos con tasas de interés fija y no variable, a diferencia de los préstamos otorgados por los bancos, que normalmente están sujetos a una tasa de interés flotante.[74]

Las entidades financieras firmarán un contrato de préstamo y los respectivos contratos de seguro con los promotores del proyecto. Este contrato de préstamo será explicado en la sección VI de este título.

f) COMPAÑÍAS ASEGURADORAS

El FP está sujeto a una variedad importante de riesgos, los cuales serán compartidos entre las diferentes partes del proyecto y distribuidos de acuerdo a quien pueda asumir mejor

[74] BENOIT (Philippe), "*The World Bank Group's Financial Instruments for Infrastructure, Public Policy for the Private Sector*" The World Bank Group, nota número uno, enero de 1997, Departamento de Desarrollo del Sector Privado, Vicepresidencia de Finanzas del Departamento de Desarrollo del Sector Privado, citado por GERSCOVICH, (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.), op. cit., p. 110.

cada riesgo. Sin embargo, hay riesgos que exceden la capacidad de estos sujetos, siendo así necesario asegurar la mayor cantidad de riesgos posibles, para efectos de garantizar, pase lo que pase, la terminación del proyecto y su buena operación.[75]

La SVP y los inversionistas pueden obtener distintos tipos de seguros para mitigar los riesgos a que está expuesto el proyecto. Estos seguros son los siguientes:

1) Seguro político;
2) Seguro comercial; y
3) Seguro completo[76] (cubre los riesgos políticos y comerciales)

Estos seguros serán explicados con mayor detalle en la sección VI de este título.

g) USUARIOS

Los usuarios o consumidores del proyecto, si bien no son parte en el financiamiento de éste, son sujetos muy importantes.

Dentro de los elementos fundamentales que el proyecto debe prever y valorar están las expectativas de los usuarios y su capacidad para hacer frente al pago de las tarifas establecidas respecto del producto o servicio en cuestión. El malestar que puede generarse en los consumidores, por ejemplo por la imposición de tarifas sumamente

[75] MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES VIVIENDA, DIRECCIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS E INTERNACIONALES, op.cit., p. 69.
[76] En ingles: "Full Cover".

elevadas, podría producir una resistencia de estos a pagar por el producto o servicio prestado, ocasionando, eventualmente, el fracaso del proyecto.

h) GOBIERNO LOCAL Y SUS INSTITUCIONES

El gobierno local del lugar en donde se realizará el proyecto, y sus instituciones, juegan un papel trascendental en este tipo de financiamiento de proyectos, ya que están típicamente involucrados como otorgantes de permisos, licencias, autorizaciones y concesiones. Estos también pueden otorgar incentivos fiscales.

El gobierno local y/o sus instituciones son los encargados de tomar las medidas necesarias para mejorar las condiciones de inversión en proyectos de infraestructura en su país. Desde esta perspectiva, la promulgación de leyes que faculten a las autoridades públicas para adjudicar proyectos de infraestructura con financiamiento privado, las medidas económicas y financieras que adopten para mejorar las condiciones de ejecución de determinados proyectos, los riesgos que dentro del proyecto estén dispuestos a asumir, entre otros, son elementos determinantes para atraer este tipo de inversión.

El gobierno local y/o sus instituciones firmarán un contrato de concesión de obra pública con la SVP. En él se establecerán las condiciones y términos en que la obra pública será construida y operada.

Es muy importante que el gobierno local y sus instituciones participen activamente en el proyecto y entiendan el mecanismo de financiamiento utilizado, por varias razones:

En primer lugar, el gobierno está típicamente involucrado como otorgante de permisos, licencias, autorizaciones y concesiones. Este puede también otorgar proyecciones de disponibilidad de intercambios monetarios y concesiones tributarias.[77]

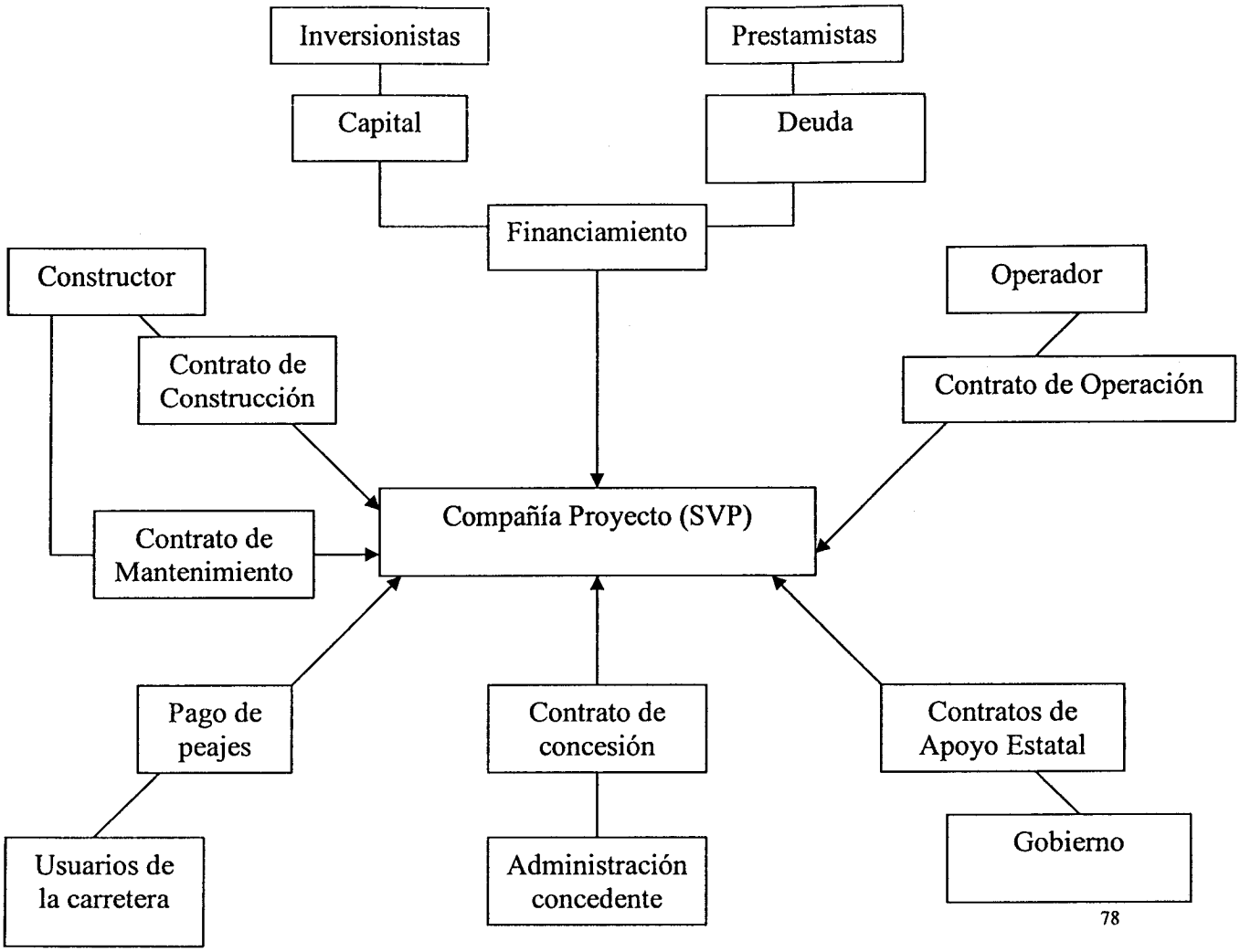
Además, la participación del gobierno puede reducir considerablemente los costos del proyecto. En muchas ocasiones el éxito de la obra depende del cumplimiento por parte de la Administración concedente de obligaciones previamente contraídas, por ejemplo, la construcción de una sección de la carretera.

Por las razones expuestas, es importante que el gobierno entienda el proyecto para que éste pueda utilizar sus poderes para negociar y estructurar contratos que generarán el flujo de efectivo del mismo y para reducir los costos de construcción y operación de la obra. En otras palabras, es importante para que éste participe activamente.

El siguiente esquema refleja la estructura de un financiamiento de proyectos, los sujetos intervinientes y los distintos contratos involucrados en este modelo.

---

[77] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p.114.



[78]

Este esquema demuestra como los inversionistas y los prestamistas, a través de capital y deuda, respectivamente, otorgarán el financiamiento del proyecto a la SVP. El eje principal del FP es la SVP. Esta firmará los diferentes contratos complementarios al de préstamo como por ejemplo el de construcción, el de mantenimiento, el de operación, el de concesión y el de apoyo estatal, con los diferentes sujetos intervinientes, los cuales serán explicados en la próxima sección. Asimismo, los peajes o tarifas pagados por los usuarios del proyecto también serán entregados a la SVP.

[78] YESCOMBE (E.R.), op.cit., p. 84.

Sección VI: El Contrato de Préstamo y sus Contratos Complementarios

El financiamiento de proyectos está constituido por varios contratos relacionados entre sí. El contrato de préstamo y otros complementarios a éste servirán de base para que la SPV financie, construya y opere el proyecto. Después del de préstamo, el contrato más importante es el contrato proyecto, el cual estipulará las condiciones y los términos en que el proyecto será desarrollado. Adicionalmente, existen otros contratos que son de suma importancia para la estructuración del proyecto como son el contrato de construcción, el de operación, el de apoyo estatal y el de seguro.

a) CONTRATO DE PRÉSTAMO

El contrato de préstamo en un FP será sin recurso ("non-recourse") o con recurso limitado ("limited recourse").[79] El prestamista recibirá como garantía subsidiaria una garantía real sobre todos los bienes del proyecto y sobre los flujos de caja del mismo.[80]

Este contrato contempla dos fases:

1) La de construcción. En esta fase el prestamista desembolsará los fondos para la construcción de la obra. Por la falta de ingresos operativos durante esta fase, el

[79] Estos dos términos fueros explicados en la sección III anterior.
[80] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance,* Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p.118.

interés generalmente es capitalizado. Esto significa que los intereses son pagados del rédito del préstamo de construcción.

2) La de operación. Una vez terminada la construcción de la obra, iniciará la fase de operación, en la cual el prestamista desembolsará la totalidad del préstamo. Como los ingresos operativos son generados en esta etapa, el interés puede ser pagado en la deuda y la amortización puede comenzar.[81]

Los proyectos estructurados a través del modelo de financiamiento de proyectos usualmente serán financiados por medio de un préstamo sindicado o a través de emisión de títulos de deuda.

b) CONTRATO PROYECTO

El contrato proyecto es el que establece los términos y condiciones en que serán realizadas la construcción y operación del proyecto y la manera en que la SVP obtendrá sus ganancias.

Hay dos tipos principales de modelo para un contrato de proyecto:

1) El contrato de precio mínimo garantizado,[82] por medio del cual la SVP produce un producto y luego lo vende al "comprador" bajo ciertas condiciones preestablecidas.[83]

---

[81] Ibid., p.119.
[82] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op.cit., p. 74. En inglés: "Offtake Agreeement".

2) El contrato de concesión, por medio del cual la SVP brinda un servicio a una autoridad pública o directamente al público en general.[84] Este contrato es entre el sector público y la SVP y en él se establecen las condiciones y los términos en que un proyecto será construido para brindar luego un servicio a una entidad pública o directamente al público. Ejemplos de este tipo de contratos es el de concesión de una carretera, un puente o un túnel por los cuales el público paga un peaje; el de concesión de una carretera, un puente o un túnel por el que el público no paga un peaje sino la Autoridad concedente le paga al concesionario basándose en la cantidad de vehículos que transiten,[85] un sistema de transporte, la concesión de un aeropuerto o de un puerto, entre otros.

CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN

El contrato de construcción es aquel por medio del cual la SVP se asegurará la entrega de una obra construida bajo los estándares acordados, a un precio fijo o predecible, y en una fecha determinada.

El contrato de construcción en un financiamiento de proyectos tendrá una naturaleza "llave en mano"[86]: el contratista se obliga frente al cliente a diseñar, construir y poner en

---

[83] Revisar en la sección IX de este título los contratos "Take and Pay" y "Take or Pay" considerados contratos de precio mínimo garantizado.
[84] YESCOMBE (E.R.), op.cit., p. 69.
[85] Este tipo de peajes es conocido como peaje sombra.
[86] En inglés: "Turnkey Agreement".

funcionamiento una obra determinada, cumpliendo con estándares previamente indicados, a cambio de un precio fijo o predecible en una fecha también determinada.[87]

d) CONTRATO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO

El contrato de operación y mantenimiento es aquel por medio del cual se establecen las condiciones en que, una vez terminada la fase de construcción del proyecto, se explotará el mismo y se garantizará la generación suficiente del flujo de caja que permita devolver el préstamo y consolidar la rentabilidad del proyecto. A través del contrato de operación y mantenimiento se procura cubrir el riesgo de producción de la obra.

Tanto el contrato de construcción como el contrato de operación y mantenimiento serán firmados por la SVP y un tercero o entre la primera y uno de los socios.

e) CONTRATO DE APOYO ESTATAL

El propósito de este contrato es facilitar la conclusión del contrato de construcción y la operación del proyecto proveyendo soporte estatal en cualquier aspecto del proyecto donde las partes lo consideren necesario.

Dependiendo del país en donde se construya la obra, así se analizará si es o no necesario constituir este tipo de contratos. En países en vías de desarrollo es necesario contemplar

---

[87] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 262.

el contrato de apoyo estatal puesto que este reduce los riesgos relacionados con el proyecto y promueve el desarrollo que de otra manera no sería posible.[88]

f) CONTRATO DE SEGURO

Tanto la construcción como la operación del proyecto requerirán de contratar diferentes tipos de seguros. Esta es una medida que además de prudente para el desarrollo del proyecto es impuesta por el préstamo otorgado por los bancos con el fin de salvaguardar patrimonialmente el proyecto.[89]

El seguro está estructurado en dos fases:

1) El que cubrirá la totalidad del período de construcción del proyecto (desde que inicia hasta que lo entrega); y
2) Renovación anual de seguros mientras el proyecto esté en operación.

Sección VII: Tipos de Estructura en un FP

a) Build Operate and Transfer (B.O.T.)[90]

La estructura conocida como "B.O.T." o "*Build Operate and Transfer*" es una técnica de financiamiento de proyectos a través de la cual, el sector público recurre al privado para

[88] Ibid. p. 325.
[89] GERSCOVICH (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.), op.cit., p. 84.
[90] En español: Construir Operar y Transferir.

invertir especialmente en infraestructuras u obras públicas. En este tipo de proyectos, la compañía creada para desarrollarlo construye, opera y al final traspasa la obra construida a la Administración concedente. Esta figura parte del hecho de que mientras se está en la etapa de operación, las obras son propiedad de la SVP, permitiendo de este modo a esta última dar en garantía las obras a las entidades financieras mientras se está en la fase de operación.

En la estructura "B.O.T." se reconocen tres etapas:

i) *"Build"* o Construir:

En esta fase el Estado le delega al sector privado la construcción de una obra de infraestructura a través de un contrato de construcción, normalmente "llave en mano", a precio alzado. El contratista asume todos los riesgos de la construcción incluida la puesta en funcionamiento.[91]

También en esta fase el contratista constituye la SVP, con el fin de llevar a cabo la construcción del proyecto, recurriendo para ello a la financiación privada del proyecto. Esta sociedad vehículo adquiere la financiación y actúa como parte en los distintos contratos que conforman el proyecto.[92]

ii) *"Operate"* u Operar:

---

[91] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op. cit., p. 53.
[92] Ibid.

En esta fase la SVP opera y explota el proyecto durante un tiempo previamente establecido. Esto implica la prestación de servicios o venta de productos a usuarios y consumidores, pudiendo percibir de éstos una suma de dinero determinada.

Esta etapa es determinante para el sector privado y para sus acreedores puesto que, dependiendo de las sumas de dinero percibidas de los usuarios o consumidores, se podrá o no recuperar la inversión efectuada durante la primera etapa, cancelar o no las deudas asumidas para la construcción del proyecto y obtener el margen de ganancia esperado.[93]

Es requisito fundamental en esta etapa, que el período de tiempo de explotación del proyecto sea suficientemente largo como para permitir hacer frente a la deuda, amortizar convenientemente los activos invertidos y remunerar adecuadamente el capital aportado a la sociedad vehículo.

iii) *"Transfer"* o Transferir:

Esta es la etapa final del proyecto e implica la obligación por parte de la SVP de transferir la obra de infraestructura y/o la administración del servicio, así como sus activos, a favor del Estado que cedió sus derechos por concesión. A partir de ese momento será el sector público el que operará y administrará la obra en cuestión,

[93] GERSCOVICH (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.), op.cit., p. 35.

pudiendo decidir si desea conservarla bajo su control u otorgar una nueva concesión de operación de la obra a favor del sector privado.[94]

b) Build Transfer and Operate (B.T.O.)[95]

Este tipo de estructura es similar a la B.O.T. con la diferencia de que la SVP construye la obra, e inmediatamente después de terminada la etapa de construcción, ésta la transfiere al sector público continuando la SVP con la operación de la misma.[96]

Para el caso de Costa Rica no es necesario que se termine la obra para entender que ésta se ha transferido. En el B.T.O. se transfieren al sector privado las responsabilidades para las inversiones en infraestructuras, así como para su operación y mantenimiento, mientras el Estado mantiene siempre la titularidad de las obras objeto del contrato.[97] El concesionario realizará las obras por su propia cuenta y riesgo, traspasando inmediatamente la titularidad al Estado, la cual se registrará como patrimonio nacional.

Como ejemplo de lo anterior, si el concesionario no ha concluido la carretera dada en concesión y no sigue con el proyecto, todas las obras que ha incorporado a la carretera le pertenecen al Estado, no a partir del incumplimiento, sino a partir del momento en que incorpora las obras al bien de dominio público que es el derecho de vía.[98]

---

[94] Ibid., p. 36.
[95] En español: Construir, Transferir, Operar.
[96] YESCOMBE (E.R.), op.cit. p. 11.
[97] Consejo Nacional de Concesiones, Cartel de Licitación Concesión de Obra con Servicio Público de la Carretera San José-Caldera, Licitación Pública Internacional número 01-98 con precalificación de empresas, República de Costa Rica, Octubre 2000, p. 45.
[98] Entrevista con el licenciado Claudio Donato.

Esta estructura implica un bajo grado de privatización porque la propiedad de la infraestructura nunca se transfiere al sector privado.

c) Build Own Operate and Transfer (B.O.O.T.)[99]

En este tipo de estructura la SVP construye, adquiere y opera el proyecto por un período de tiempo determinado, recibiendo las ganancias que el mismo genere en este período. Al finalizar este período, la propiedad del proyecto será traspasada de vuelta al Estado.[100] Por ejemplo la SVP puede construir un hospital, operarlo y poseerlo por veinte años, vender los servicios médicos que el hospital ofrece y al pasar los veinte años, la propiedad del proyecto deberá ser traspasada de vuelta al sector público.

d) Build Own and Operate (B.O.O.)[101]

La característica principal de este tipo de estructura es que la propiedad y la operación del proyecto permanecen en la SVP sin limitación de tiempo. Por ejemplo una estación de energía en una industria privada de electricidad o una red de telefonía celular.[102]

Esta estructura representa el más alto grado de privatización al que la Administración Pública está dispuesta a llegar en relación con las obligaciones y derechos que surgen de

---

[99] En español: Construir, Adquirir, Operar, Transferir.
[100] YESCOMBE (E.R.), op.cit. p. 10.
[101] En español: Construir, Adquirir, Operar.
[102] YESCOMBE (E.R.), op.cit. p. 11.

la ejecución del contrato para el desarrollo, explotación y gestión de una infraestructura, puesto que las instalaciones del proyecto generalmente se privatizan y transfieren al sector privado sin ningún tipo de limitación temporal.[103]

Existen otras variaciones de estructura del FP, sin embargo estas cuatro son las más utilizadas.

Es claro que una SVP en la mayoría de los casos preferirá poseer los bienes del proyecto. Sin embargo, en algunos casos, después de varios años de operación, el mantenimiento de las obras se hace más caro y es mucho más conveniente transferir el contrato. En muchos proyectos los bienes se convierten en una carga financiera y se pierde rentabilidad.

El valor real del FP no está en la propiedad sobre los bienes del proyecto, sino en el derecho de recibir los flujos de caja o *cash flows* del mismo.[104] Por esta razón, sea o no la propiedad del proyecto traspasada en el corto o en el largo plazo al sector público, sea la propiedad mantenida indefinidamente en el sector privado, o sea que el sector privado nunca tuvo la propiedad del proyecto, no hace una diferencia importante desde el punto de vista del FP, salvo en lo que se refiere a las garantías colaterales que le puede dar la SVP a los acreedores. En el FP estructurado sin garantías por parte de los promotores o

[103] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op. cit., p. 55.
[104] YESCOMBE (E.R.), op.cit. p. 11.

accionistas ("non-recourse project finance") la garantía colateral que la SVP deberá otorgar a las entidades financieras por el préstamo dado son los bienes del proyecto.[105]

Sección VIII: Riesgos

El desarrollo de un proyecto de financiación requiere la preparación de un cuadro que contemple los riesgos que existen en el proyecto y la asignación de los mismos a la parte o partes que mejor puedan controlarlos, y que estén en la mejor posición para minimizarlos.

La realización de un contrato de financiación de proyectos está íntimamente relacionada con el principio de gestión y transferencia de los riesgos. Una adecuada gestión y transferencia de los riesgos repercutirá en el precio que se establezca para los servicios. Una inadecuada transferencia de riesgos, por ejemplo en el caso de un contrato de concesión de obra pública, provocará que la Administración Pública tenga que cobrar más por los servicios prestados.[106]

El objetivo principal en la asignación de riesgos es lograr maximizar la transferencia de los mismos con el fin de asegurar que el valor del proyecto no disminuya.

---

[105] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 19.
[106] VAÑÓ VAÑÓ, (María José), op. cit., p. 64.

Los riesgos en un contrato de financiación de proyectos pueden dividirse en riesgos comerciales, riesgos macroeconómicos y riesgos políticos.

a) Riesgos Comerciales

Los riesgos comerciales, también conocidos como riesgos del proyecto, son aquellos inherentes al proyecto o al mercado en el que este opera. Dentro de los riesgos comerciales en un contrato de financiación de proyectos están los riesgos de finalización, los riesgos ambientales, los riesgos operativos y la fuerza mayor, entre otros.

1) Riesgos de Finalización

El riesgo de finalización contempla el hecho de que el proyecto no sea terminado. Este tiene un aspecto monetario y uno técnico. [107]

Aspecto Monetario

El elemento monetario contempla el riesgo de que: (1) una tasa de inflación mayor a la prevista, la escasez de abastecimiento de insumos críticos, retrasos inesperados que atrasen la construcción, o simplemente una sobreestimación en los costos de construcción, puedan causar un aumento en los gastos de capital requeridos para operar el proyecto haciendo que este deje de ser lucrativo; o (2) que un precio menor al previsto en la producción del proyecto, o un costo mayor al esperado para los insumos críticos,

[107] FINNERTY (John D.), op.cit., p. 41.

pueda reducir la tasa de retorno a tal punto que los promotores o accionistas dejen de encontrar el proyecto lucrativo. [108]

Aspecto Técnico

El aspecto técnico contempla el riesgo de que el proyecto no llegue a ser terminado debido a que, a pesar de las aseguraciones dadas por los expertos a los prestamistas antes del financiamiento, el proyecto puede resultar técnicamente inejecutable y/o ambientalmente objetable. Alternativamente el proyecto podría incurrir en grandes gastos para ser técnicamente ejecutable, lo que provocaría que económicamente sea imposible de completar. [109]

El riesgo de finalización surge en la primera fase del proyecto, de estructuración y de construcción, en la que todavía no se generan ingresos pero sí se hace uso de los recursos facilitados por los prestamistas.

Este riesgo se puede cubrir a través de la determinación contractual de la responsabilidad de los socios o promotores por el principal e intereses del proyecto hasta que finalice la fase de construcción. [110]

Otra manera de mitigar este riesgo es a través de la garantía de finalización o *completion guarantee.* Los promotores la otorgan a favor de las entidades financieras de manera

---

[108] Ibid.
[109] Ibid., p. 42.
[110] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op. cit., p. 65.

solidaria sobre una determinada cantidad, siempre que el proyecto no se concluya en una fecha determinada y en las condiciones previstas. Estas garantías se pueden materializar a través de un aval bancario o una letra de cambio en el caso de no pasar el test de finalización o *completion test.* Asimismo, los contratistas podrán establecer garantías a favor de los promotores respecto a la finalización de la obra y al buen funcionamiento de la misma. Las figuras que suelen utilizarse son modalidades de garantías personales, concretamente la fianza, con sus diversas modalidades ofrecidas por las entidades de crédito, las cartas de crédito y el aval a primer requerimiento, entre otras. [111]

2) Riesgos Ambientales

Los aspectos ambientales en un FP pueden generar varios riesgos contractuales, legales y políticos.

Si bien la SVP debe obtener los permisos requeridos por el país en el cual se desarrollará el proyecto para poder construirlo y operarlo, ésta debe de tomar en cuenta otros factores que pueden eventualmente generarle algún tipo de responsabilidad.

Protecciones ambientales a través de leyes y de reglamentos podrían incluir multas, penalidades y responsabilidades que deberán ser pagadas a terceras partes afectadas por los problemas ambientales generados por el proyecto. El cambio en la legislación ambiental como por ejemplo, la estipulación de emisiones que requerirán un desembolso

[111] Ibid. p. 67.

de capital adicional, son factores que generan un riesgo mayor y que podrían culminar en el fracaso del proyecto.

Asimismo, la SVP debe considerar que hay condiciones ambientales establecidas por las entidades financieras con base en parámetros internacionales, que de igual manera se deben de cumplir.

Organismos financieros multilaterales como el Banco Mundial, el BID, el IFC, el Banco Centroamericano de Integración Económica, el Banco de Inversión Europeo, entre otros, son los que generalmente requieren estas condiciones ambientales. Estas organizaciones tienen sus propios estándares, los cuales pueden ser requeridos en el proyecto aun cuando la ley del país local no los requiera.[112]

Adicionalmente, la SVP podría tener un riesgo político, inclusive si estuviera cumpliendo con las disposiciones legales ambientales. La oposición pública al proyecto por considerarlo ambientalmente dañino puede generar, por un lado, que el gobierno reconsidere sus obligaciones dentro del contrato de concesión y, por otro lado, que los prestamistas se sientan amenazados por financiar un proyecto percibido como ambientalmente lesivo.[113]

---

[112] YESCOMBE (E.R.), op.cit, p. 155.
[113] Ibid.

Este tipo de riesgos puede llevar en última instancia a la revocación del permiso para desarrollar el proyecto.[114]

La manera de mitigar este tipo de riesgos es a través de una póliza de seguro que incluya las situaciones que podrían eventualmente generarle responsabilidad ambiental y/o política a la SVP.

3) Riesgos Operativos

El riesgo operativo surge una vez que el proyecto haya sido terminado y su operabilidad haya sido demostrada.

Se trata de un riesgo tecnológico que existe cuando la tecnología, dentro de la escala propuesta para el proyecto, pueda no ser ejecutable de acuerdo a las especificaciones, o pueda resultar obsoleta prematuramente.

El riesgo tecnológico existe, por ejemplo, cuando la planta o instalación financiada no alcanza los niveles de producción o eficiencia garantizados por el suministrador como consecuencia de defectos de diseño, ingeniería o por operación defectuosa. [115]

Si estas deficiencias en la tecnología produjeran que el proyecto reprobara el examen de terminación o *completion test*, el riesgo pertenecería a la categoría de riesgo de

---

[114] HOFFMAN (S.L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 100.
[115] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op. cit., p. 70.

finalización. Sin embargo, si el proyecto cumple con su etapa de terminación pero nunca llega a ser ejecutable debido a sus especificaciones técnicas, esto perjudicaría los retornos de capital y el riesgo encajaría dentro de la categoría de riesgo operativo.[116]

Los prestamistas están dispuestos a financiar un proyecto a pesar de la existencia de estos riesgos, siempre y cuando terceras partes con capacidad económica estén dispuestas a protegerlos.

Por esta razón, una de las posibilidades para mitigar estos riesgos es firmar un contrato de operación y mantenimiento con un tercero, ampliando el número de partícipes entre los cuales repartir los mismos. Otra posibilidad es establecer en el contrato un período de garantía del constructor en el que se obliga a responder de los defectos de funcionamiento.

Contratar a una compañía aseguradora también es un recurso importante y viable para mitigar estos y otros riesgos. Pólizas de responsabilidad y de contingencia, así como pólizas por pérdida de ingresos producto de fallas en la maquinaria, son formas normalmente utilizadas para asegurar estos riesgos.[117]

4) Fuerza Mayor

---

[116] FINNERTY (John D.), op. cit., p. 42.
[117] HOFFMAN (S.L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 104.

La fuerza mayor es el impedimento que sobreviene para cumplir la obligación, debido a un suceso extraordinario ajeno a la voluntad del deudor. Fuerza mayor alude a la circunstancia de ser cosa insuperable.[118]

La fuerza mayor puede ser un problema temporal que se resumirá en un atraso en la conclusión del proyecto o en una interrupción en su capacidad de operar, o un problema permanente, en donde será imposible la conclusión del proyecto o su operación.

Dentro de los hechos considerados fuerza mayor están los inherentes al proyecto como sería una falla técnica catastrófica, una huelga o un incendio. Alternativamente, están los hechos externos que provocan una interrupción como sería un terremoto que dañe las facilidades del proyecto.[119]

Por definición fuerza mayor no es culpa de nadie, sin embargo, alguien tiene que asumir las consecuencias. Por esta razón resulta indispensable adquirir un seguro que cubra la mayor cantidad de riesgos de fuerza mayor posibles.

Es importante señalar que el seguro generalmente no cubrirá todas las pérdidas. Las pérdidas cubiertas son las causadas por un daño físico al proyecto (el costo de reparación, por ejemplo) o las pérdidas económicas ocasionadas por este daño. Los eventos de

---

[118] BRENES CÓRDOBA, (Alberto), *Tratado de las Obligaciones*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1998, pp. 107, 108.
[119] FINNERTY (John D.), op. cit, p. 50.

fuerza mayor política[120] no serán cubiertos por este seguro, al menos que estos involucren un daño físico (por ejemplo la guerra) o en casos especiales como por ejemplo el terrorismo. Además, algunos riesgos producidos por un daño físico no serán cubiertos por este seguro como son por ejemplo el daño causado por una explosión nuclear.[121]

Asimismo, estos riesgos pueden ser distribuidos entre las diferentes partes involucradas en el proyecto (accionistas, constructor, operador, agencias gubernamentales, etc.) a través de garantías, acuerdos contractuales y otros acuerdos de soporte crediticio.[122]

El costo del seguro de fuerza mayor es sumamente elevado, razón por la cual las partes deben de analizar bien los diferentes eventos a que está expuesto el proyecto, cuáles de estos eventos son asegurables, cuál es la parte que mejor puede asumirlos y la manera en que se distribuirán entre las partes los riesgos que no sea posible asegurar.

b) Riesgos Macroeconómicos

Estos riesgos son también conocidos como riesgos financieros, relacionados con los efectos económicos externos no directamente relacionados con el proyecto. El riesgo financiero se refiere al impacto que pueden tener factores como la inflación, las tasas de interés, los tipos de cambio o el incremento en los costes de la materia prima, sobre la

---

[120] La fuerza mayor política se refiere a los eventos que pueden generar un riesgo en la estabilidad política del país en donde está ubicado el proyecto, por ejemplo, una guerra, terrorismo, sabotaje, que puedan causar un daño físico al proyecto o impedir su operación.
[121] YESCOMBE (E.R.), op.cit., p. 175.
[122] FINNERTY (John D.), op. cit, p. 50.

marcha del proyecto. Estos riesgos se consideran en la fase de explotación del proyecto.[123]

Por ejemplo, si una porción significativa de la deuda financiada para un proyecto consiste en una deuda de tipo de tasa flotante, existe un riesgo de que el aumento en las tasas de interés pueda poner en riesgo la habilidad del proyecto para servir su deuda.[124]

La manera de mitigar estos riesgos es a través de diversas cláusulas de aseguramiento mediante las cuales se transfiera el riesgo a una parte solvente a través de instrumentos como por ejemplo contratos *swap*, *forwards, opciones* o *caps*.[125]

c) Riesgos Políticos

Los riesgos políticos, también conocidos como riesgos país, se relacionan con los efectos de la acción gubernamental o eventos de fuerza mayor política, como guerras y disturbios civiles, entre otros.

El riesgo político suele plantearse en proyectos financiados en países diferentes del financista o en países con cierta inestabilidad política.

Dentro de los riesgos políticos se encuentran los riesgos que conllevan el riesgo de no-convertibilidad de la moneda, el riesgo de nacionalización o expropiación de los activos

[123] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op. cit., p. 76.
[124] FINNERTY (John D.), op.cit. p. 44.
[125] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op. cit., p. 77.

de la sociedad vehículo, el riesgo de violencia política, el riesgo por cambio de legislación y el riesgo en la concesión de los oportunos permisos y autorizaciones administrativas.[126]

La principal cobertura de estos riesgos será la realizada por el propio gobierno del país del cual es nacional la SVP.

Otro mecanismo utilizado para cubrir estos riesgos es implicar a terceras partes con gran influencia en el país, como grandes grupos empresariales, bancos, instituciones financieras, etc., o también a instituciones internacionales que permitan ejercer una fuerte presión sobre el gobierno en cuestión.[127]

La participación de terceras partes con gran influencia en el país como grandes grupos empresariales, bancos, instituciones financieras u organismos multilaterales como el Banco Mundial y sus filiales, la IFC, y los organismos de crédito a la exportación e instituciones relacionadas con estas como el Banco de exportación-importación de los Estados Unidos de América, el Banco Internacional de Cooperación de Japón, la OPIC[128], el MIGA, entre otros, en el proyecto es a menudo un modo de minimizar el riesgo político por la fuerte presión que sobre el país anfitrión estas pueden ejercer.

---

[126] Ibid. op. cit., p. 80.
[127] Ibid., p. 82.
[128] US. Overseas Private Investment Corporation.

El seguro de riesgo político[129] es otro medio de mitigar este riesgo. Agencias nacionales y multinacionales como las anteriormente mencionadas, tienen programas para la minimización de este riesgo.

Las principales fuentes de cobertura de los riesgos políticos son:

- Créditos a la exportación (garantías o seguros a entidades financieras o préstamos directos a la SVP[130]) atados a las ventas exportadas a la SVP, dados por agencias de crédito a la exportación como el OPIC[131] o por bancos de exportación-importación como el Banco de Exportación-Importación de los Estados Unidos.
- Garantías, seguros o programas de inversión no ligadas a la exportación otorgados por agencias de crédito a la exportación u otras agencias gubernamentales como la OPIC.
- Préstamos, garantías o seguros de inversión dados por instituciones internacionales financieras como el Banco Mundial.
- El mercado de seguros privado.[132]

El riesgo político debe ser analizado cuidadosamente por las partes involucradas en el proyecto y debe ser asignado, así como los riesgos anteriores, a las partes que mejor puedan asumirlo.

---

[129] En ingles: Political Insurance.
[130] Los préstamos directos son dados por prestamistas del sector público que están preparados para aceptar riesgos políticos.
[131] OPIC: *Overseas Private Investment Corporation.*
[132] YESCOMBE (E.R.), op.cit., p. 217, 218.

d) El "Joint Venture" Como una Manera de Mitigar los Riesgos

El "Joint Venture" es una forma de compartir y mitigar los riesgos en un FP. A través de esta figura dos o más compañías se unen para desarrollar un proyecto o una serie de proyectos de manera conjunta. Los "Joint Ventures" pueden incluir una compañía especializada en construcción, otra en desarrollo de proyectos y una tercera con conocimientos sobre el ambiente político y de desarrollo del país anfitrión. En conjunto, cada una de ellas aporta sus conocimientos permitiendo una repartición de los riesgos que puede resultarles más atractiva que asumir individualmente el proyecto y los riesgos relacionados con éste.[133]

Sección IX: Distribución de Riesgos

El riesgo ha sido definido como la "incertidumbre en relación con el costo, las pérdidas y el daño".[134] Por las características especiales que tiene el FP, incertidumbre es el aspecto importante de esta definición.

La distribución de los riesgos es una etapa muy importante en este modelo de financiamiento, determinante para el éxito del proyecto. En esta se identifican, analizan, cuantifican, mitigan y distribuyen los mismos de manera tal que ningún riesgo individual amenace el desarrollo, construcción u operación del proyecto hasta que este no genere

---

[133] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 50.
[134] HARDY (C.), *Risk and Risk-Bearing* 1, 1923, citado por HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, p. 34.

suficientes ingresos para repagar la deuda, pagar gastos operativos y proveer un retorno de capital atractivo para los inversionistas.[135] Este proceso se hace principalmente a través de contratos firmados entre las partes en donde generalmente la que mejor pueda asumirlo será a la cual este le será asignado.

Por ser el FP un mecanismo de financiamiento sin garantías otorgadas por los promotores o accionistas (non-recourse) o con garantías limitadas otorgadas por estos (limited recourse), la responsabilidad financiera por los riesgos debe ser distribuida entre las partes que asumirán una responsabilidad garantizada y que posean crédito suficiente para aceptarlo.

La distribución de riesgos varía de negocio en negocio. Sin embargo, en términos generales, estos deben ser asignados a la parte que sea más capaz de controlarlos y de responder económicamente por los mismos. A cambio de la aceptación del riesgo, la parte requerirá una compensación proporcional a la magnitud del riesgo asumido.

Scott L. Hoffman identifica el riesgo que cada parte debe de asumir en el proyecto, analizando el rol que cada una de ellas desempeña y la perspectiva que estas tienen de los diferentes riesgos, de la siguiente manera[136]:

a) Promotores o Accionistas

---

[135] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 34.
[136] Ibid., p. 42-48.

Los promotores o accionistas son los encargados de coordinar el desarrollo del proyecto. Estos se organizan a través de la SVP y por medio de esta negocian los diferentes contratos necesarios para lograr construir y operar el proyecto.

En la primera etapa, la de desarrollo del proyecto, los promotores o accionistas asumen muchos riesgos dentro de los cuales están el no obtener los permisos gubernamentales requeridos, la oposición pública que puede generarse, entre otros. Los riesgos durante esta etapa son muchos, sin embargo, la retribución puede ser muy alta.

En la etapa de construcción estos estarán expuestos a otra gran cantidad de riesgos como son el aumento en los costos de construcción por inflación en los precios, fluctuación de la moneda, huelgas, atrasos en la construcción, entre otros. La manera en que normalmente estos riesgos se mitigan es a través de la firma de un contrato llave en mano, mediante el cual el contratista se obliga frente al cliente a diseñar, construir y poner en funcionamiento una obra determinada, cumpliendo con estándares previamente indicados, a cambio de un precio fijo o predecible en una fecha también determinada.

En la etapa de operación, como se explicó en la sección anterior, hay una cantidad importante de riesgos operativos los cuales son asumidos generalmente por los promotores o accionistas. Sin embargo, y por el costo que estos tienen, es posible firmar un contrato de operación y mantenimiento con un tercero, ampliando el número de partícipes entre los cuales repartir los mismos y/o establecer en el contrato un período de garantía en el que el constructor se obliga a responder de los defectos de funcionamiento.

Otro riesgo importante que deben de asumir los promotores o accionistas es el riesgo político.

b) Constructor

La tensión que existe entre el promotor y el constructor está basada en el contrato llave en mano firmado por ellos, explicado anteriormente.

Determinar los hechos que pueden producir una entrega tardía de la obra a un precio más alto y una operación a niveles menores de los esperados, es una situación difícil de prever por parte del constructor. Por esta razón, éste está interesado en asumir el riesgo de finalización de la obra en una fecha determinada y por un precio fijo.

Hay dos retribuciones tradicionales para el constructor a cambio de asumir este riesgo. La primera es un aumento en el precio del contrato de construcción y la segunda es el pago de un bono por parte de la SVP si el contrato es terminado antes de la fecha estipulada. Este bono debe estar relacionado con los otros contratos del proyecto de manera tal que si la obra es terminada antes de la fecha establecida, sea permitido adelantar el inicio de operación del mismo.

El constructor también prestará especial atención a los documentos de financiamiento y al hecho de que el promotor haya incluido en estos el pago que deberá hacer al

constructor por el trabajo realizado. Adicionalmente, el constructor está interesado en incluir cláusulas que estipulen que el prestamista le pagará directamente por el trabajo realizado y que le notificará cualquier situación de incumplimiento de los contratos de préstamo para que este tenga la oportunidad de "curarse".

c) Operador

La tensión que existe entre el operador y los promotores es similar a la que existe entre el constructor y éstos últimos: la necesidad de predecir el precio y la ejecución del proyecto.

Es así como el operador tiene un interés especial en asegurar el riesgo que puede surgir si los costos de operación aumentan. Por esta razón, es normal que el operador asuma este riesgo acordando cumplir su trabajo de conformidad con un presupuesto preparado por él y aprobado por la SVP. Adicionalmente, este acordará cumplir con los parámetros de ejecución requeridos por la ley, la industria y por la SVP.

d) Entidades Financieras

El riesgo mayor que tiene las entidades financieras es que el proyecto no sea exitoso y que por ende no produzca los ingresos necesarios para que la deuda sea pagada.

Para estas, la distribución de los riesgos se centrará en los contratos que funjan como soporte crediticio para el financiamiento y, por esta razón, generalmente estarán preocupadas por el valor económico de los contratos y porque estos estén conforme a la ley.

Asimismo, estas buscarán que tanto el contrato de construcción como el de operación tengan un precio determinado, que cumplan con el tiempo acordado para su cumplimiento y que cumplan con los estándares negociados.

Adicionalmente, las entidades financieras querrán que en los contratos se contemple que estos pueden ser transferidos. Así, estas entidades tendrán interés en que los contratos les sean asignados como garantía subsidiaria en el contrato de préstamo y que además, en caso de algún imprevisto o incumplimiento, estos sean asignados y asumidos por ellas y por la SVP.

e) Gobierno Local y sus Instituciones

El gobierno y sus instituciones se verán beneficiados con el éxito del proyecto tanto a corto como a largo plazo. A corto plazo el gobierno podrá obtener beneficios políticos y atraer a otros inversionistas y desarrolladores a su país. En el largo plazo, podrá mejorar su economía e inclusive obtener estabilidad política proveyendo la infraestructura requerida.

Otras ventajas que tendrán el gobierno y sus instituciones son la importación de nuevas tecnologías, entrenamiento a sus ciudadanos en las mismas, creación de empleos y mayores ingresos por concepto del cobro de impuestos.

Analizando todas las ventajas que estos obtendrán con el éxito del proyecto, asignarle algunos riesgos es totalmente justificable.

El principal riesgo que el gobierno local y sus instituciones deben de asumir es el riesgo político porque es el que mejor pueden controlar. Además de este, dependiendo de las maneras en las que este o sus instituciones estén involucrados en el proyecto, ya sea como inversionista, como prestamista, como proveedor, como garante, etc., así otros riesgos como por ejemplo los comerciales o los macroeconómicos les podrán ser asignados.

Sección X: Garantías

Las garantías en el FP cumplen un papel diferente al que cumplen en otras operaciones financieras. Generalmente, las garantías son utilizadas por los acreedores de una manera ofensiva más que defensiva. En el FP, los acreedores no constituyen garantías con el propósito real de ejecutar los bienes garantizados y rembolsarse luego las sumas prestadas. Por el contrario, estas son constituidas con el fin último de fortalecer su posición en caso de incumplimiento por parte de la SVP o los promotores o accionistas.

Si este incumplimiento se diera, los acreedores se aseguran, a través de estas garantías, tener el control del proyecto.

Básicamente existen dos tipos de sujetos garantes en un FP: el promotor o accionista y terceros interesados económicamente en el éxito del proyecto. Cuando la garantía dada por los promotores no sea suficiente para soportar los riesgos identificados, se exigirá la garantía de los terceros interesados. Se consideran terceros interesados los proveedores, clientes, contratistas y subcontratistas de la obra a ejecutar, el país anfitrión en el que deba desarrollarse el proyecto en caso de proyectos internacionales, agencias bilaterales y multilaterales, entre otros.[137]

Las garantías pueden ser generales o limitadas.

Las garantías generales son las que representan un compromiso incondicional por parte del garante para asumir todas las obligaciones de un tercero. Garantía general es por ejemplo la que se da sobre la totalidad del proyecto.

Las garantías limitadas son las que se otorgan sobre un monto específico o durante un tiempo determinado. Garantía limitada es por ejemplo la que se da únicamente sobre la fase de construcción del proyecto.

---

[137] HOFFMAN (S.L.), *The Law and Business of International Project Finance.* Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 409.

La lista de garantías en un FP no es taxativa. Las garantías representan un componente importante en este tipo de financiamiento. Por esta razón, los tipos de garantía que existen están limitados únicamente por la imaginación y la creación de aquellos que estructuran estos proyectos.[138]

Ejemplos de garantías en un FP son los siguientes:

a) Garantías de Conclusión o Finalización del Proyecto

Esta garantía consiste en el compromiso que asumen los accionistas del proyecto de que este será terminado en el plazo previsto originariamente, y la obligación de indemnizar a las entidades financieras en caso contrario. Esta garantía se otorga en virtud de que el período anterior a la conclusión del proyecto es el de mayor riesgo para los acreedores.

b) Seguros

Habiendo analizado la variedad de riesgos que pueden existir en un FP, resulta de suma importancia tener seguros que protejan a los diferentes sujetos involucrados en el proyecto contra estos riesgos.

c) Contratos Take or Pay [139]

---

[138] Ibid. p. 407.
[139] En español: Tomar o Pagar.

Los contratos *Take or Pay* son utilizados como garantía indirecta en un FP. Estos consisten en un acuerdo tomado entre comprador y vendedor en el cual el comprador acepta hacer pagos en ciertas fechas al vendedor a cambio de disponibilidad de entrega de bienes y servicios a precios específicos. La obligación de pago del comprador es incondicional. Así, si los bienes o servicios no son entregados, la obligación de pago persiste, siempre y cuando el vendedor cumpla con su obligación de tener capacidad y disponibilidad de entrega de estos bienes o servicios.[140]

d) Contratos Take and Pay [141]

Los contratos *Take and Pay* son muy similares a los contratos *Take or Pay.* La diferencia radica en que el vendedor, en los primeros, solamente está obligado a pagar por el producto o servicio cuando este sea entregado. Así, los contratos *Take and Pay*, no contienen una obligación incondicional de pago. Sin embargo, al igual que en los contratos *Take or* Pay, el comprador está obligado a pagar precios específicos, predeterminados, por la obtención del producto o servicio.[142]

e) Opciones

"Bajo un *put option* u opción a una parte específica (por ejemplo a los inversionistas) les es conferida la opción de requerir de otra parte (por ejemplo a los promotores) comprar

---

[140] HOFFMAN (S.L.), *The Law and Business of International Project Finance,* Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p. 414.
[141] En español: Tomar y Pagar.
[142] YESCOMBE (E.R.) op. cit, p. 70.

ciertos activos del proyecto de los cuales son propietarios (por ejemplo capital o instrumentos de deuda) a un precio específico y, usualmente, cuando ocurran ciertos eventos (por ejemplo, después de un período determinado). Esta opción provee a los inversionistas de seguridad en el sentido de que pueden recuperar directamente de los promotores parte o la totalidad de sus inversiones bajo ciertas condiciones."[143]

Ejemplo de lo anterior es el caso en que la entidad financiera requiere del promotor o accionista la compra de títulos de deuda o acciones del proyecto a un precio prefijado cuando se materialicen los eventos acordados.

f) Cuentas de reserva

Los prestamistas generalmente requerirán de la SVP el establecimiento de cuentas de reserva, también llamadas cuentas de depósito o "escrow accounts", en las que una parte importante de las ganancias del proyecto serán depositadas para fines específicos entre los que están: el pago a las entidades financieras del principal y los intereses, el pago de dividendos a los promotores o accionistas, gastos por mantenimiento del proyecto, el pago de gastos imprevistos, entre otros. A pesar de que estas cuentas estarán a nombre de la SVP, esta necesitará el consentimiento del Banco Agente o Depositario para hacer los retiros que sean necesarios. [144]

---

[143] BENOIT (Philippe), *Project Finance at the World Bank. An Overview of Policies and Instruments.* World Bank Technical Paper number 312. Copyright 1996. The International Bank for Reconstruction and Development, p. 17, citado por MUÑOZ HERRERA (Daniel Eduardo), Viabilidad Jurídica de la Implementación de un BOT en el Sector Energía en Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, 2000, p. 53.
[144] YESCOMBE (E.R.) op. cit, p. 300.

Las cuentas de reserva proveen seguridad contra problemas de flujo de caja a corto plazo. Estas también son establecidas si ciertos fondos necesitan apartarse para un desembolso mayor en el futuro o para un propósito particular.

g) Garantías Reales

Las garantías reales son aquellas en las cuales, a efectos de asegurar el cobro de un crédito por parte del acreedor, se grava un bien mueble o inmueble, pudiendo éste quedar o no en poder del acreedor hasta tanto la deuda haya sido pagada, otorgando al acreedor un derecho real sobre estos bienes.[145]

Este tipo de garantías tiene varias desventajas. Primero, la constitución de las mismas puede involucrar formalidades y costos adicionales que encarezcan la operación. Por otro lado, es poco probable que los bienes del proyecto tengan un valor de mercado suficiente para satisfacer el crédito dado por las entidades financieras. Otra situación que hay que tomar en cuenta con respecto a estas garantías es la manera en que el FP esté estructurado. Por ejemplo si el proyecto está estructurado como un B.T.O. en donde la SVP no es propietaria del terreno donde está ubicado el proyecto ni de los bienes inmuebles relacionados con este, las entidades financieras no podrán otorgar una hipoteca sobre los mismos.

h) Garantías Personales

---

[145] PAOLANTONIO (Martín E.), op.cit., p. 290, citado por GERSCOVICH (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.), op. cit., p. 134.

En las garantías personales, el crédito del acreedor es garantizado mediante la creación de un crédito contra un tercero. Dicho crédito puede ser accesorio de la obligación principal, como es el caso de la fianza, o independiente, como es el caso del aval o de la garantía a primera demanda. Estas garantías permiten al acreedor exigir al tercero el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor.

A diferencia de las garantías reales, este tipo de garantía es más utilizado que aquellas y resulta menos rígido en razón de que ofrece un margen más amplio a la autonomía de la voluntad de las partes.

i) Acuerdos directos o "step-in-rights"

Estos son acuerdos en los que las entidades financieras se aseguran o reservan el derecho de subrogarse en la posición de la SVP o de designar un tercero que la sustituya en caso de incumplimientos contractuales, con el fin de garantizar el buen fin del proyecto hasta la entrega total del mismo sin ser necesario esperar a su finalización.

Este tipo de garantía será explicado con mayor detalle en el título siguiente.

TÍTULO SEGUNDO: LA GARANTÍA DE ACUERDOS DIRECTOS Y LA CESIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN COSTA RICA

En esta segunda parte se analiza la garantía de acuerdos directos bajo el modelo de financiamiento de proyectos y las características que la distinguen de otras garantías.

Posteriormente, se hace un estudio doctrinal, normativo y jurisprudencial sobre la cesión de contratos de concesión de obras públicas.

Para concluir, se analizan las garantías contempladas en la legislación costarricense, si esta lista es taxativa, y la posibilidad de aplicar la garantía de acuerdos directos en contratos de concesión de obras o servicios públicos en nuestro país.

CAPÍTULO PRIMERO. LA GARANTÍA DE ACUERDOS DIRECTOS

Sección I: Definición

Durante la vida del proyecto financiado a través de un FP, situaciones imprevisibles que el concesionario no puede controlar o el incumplimiento contractual de éste, pueden provocar que las partes sientan la necesidad de prevenir la terminación del proyecto permitiendo a un concesionario distinto asumir las obligaciones del proyecto.

Los acuerdos directos son un tipo de garantía utilizados en el FP por medio de los cuales las entidades financieras se aseguran o reservan el derecho de subrogarse en la posición de la sociedad anónima nacional[146] o de designar a un tercero que la sustituya[147], en el caso de incumplimientos contractuales.[148]

Estos pueden ser negociados entre las entidades financieras, que son las que proveen al concesionario de financiamiento, y cada una de las partes de los contratos complementarios al contrato de financiamiento, incluyendo la Administración concedente cuando se trate de un contrato de concesión. La SVP también puede ser parte en estos acuerdos directos.

Los acuerdos directos normalmente se firman al mismo tiempo que el contrato de financiación y sus contratos complementarios, y suelen documentarse como un anexo a estos. Con lo anterior se pretende conservar los contratos fundamentales del proyecto, sea el de financiación, construcción, suministro, explotación, operación y el de concesión (cuando sea un proyecto firmado con la Administración), en caso de incumplimiento o quiebra.[149]

A estos acuerdos generalmente se les llama "reconocimientos y consentimientos", porque cada una de las partes de los contratos complementarios al contrato de financiamiento reconoce la posición de las entidades financieras y consiente en ceder su contrato como

---

[146] Este derecho es conocido en inglés como "Step-in Rights".
[147] Este derecho es conocido en inglés como "Substitution Rights".
[148] VAÑÓ VAÑÓ (María José), op.cit., p. 204.
[149] Yescombe (E.R.), op.cit., p. 133.

garantía en caso de un incumplimiento. [150] Para los efectos de este trabajo se analizarán únicamente los acuerdos directos negociados entre los prestamistas y la Administración concedente.

El propósito principal de los acuerdos directos negociados entre las entidades financieras y la Administración concedente radica en permitir que las primeras prevengan la terminación del contrato de concesión por parte de la segunda cuando el concesionario haya incumplido sus obligaciones, contratando a uno nuevo que lo sustituya y que continúe administrando el proyecto con base en lo estipulado en el contrato de concesión. La SVP también firmará este acuerdo.

Por ser el FP un mecanismo de financiamiento sin garantías otorgadas por los promotores o accionistas (non-recourse) o con garantías limitadas otorgadas por estos (limited recourse), y por ende ser los flujos de capital generados por el proyecto la garantía principal para los prestamistas, estos tienen un interés particular en evitar que éste se vea interrumpido o terminado antes de que la deuda asumida por los accionistas haya sido pagada.

En caso de un incumplimiento contractual por parte del concesionario, éstos buscarán la manera de asegurar que el trabajo se cumplirá y que la concesión será operada efectivamente. Por otro lado, es también interés del gobierno que el proyecto funcione adecuadamente para así asegurar la prestación de un servicio público a precios razonables, de conformidad con lo estipulado en el contrato de concesión.

[150] Ibid.

De esta manera, a través de la garantía de acuerdos directos, las entidades financieras han encontrado la habilidad de superar la terminación del proyecto y de proveer un concesionario alternativo que les brinde una seguridad adicional contra el incumplimiento por parte del concesionario. Además, estos le dan a la Administración concedente una oportunidad para evitar las consecuencias vinculadas con la terminación de la concesión y le permite continuar asegurando la prestación del servicio.[151]

En Costa Rica, la Administración concedente, como se analizará más adelante, no está expresamente permitida por el ordenamiento jurídico para firmar un contrato con las entidades financieras constituyendo la garantía de acuerdos directos. Sin embargo, lo que sucede es que el contrato de concesión incluirá una cláusula de acuerdos directos por medio de la cual los acreedores del proyecto estarán facultados para entrar a plantear posibles soluciones en caso de un incumplimiento contractual por parte del concesionario, e inclusive proponer a un tercero que cumpla con las condiciones del contrato de concesión que pueda subrogarse los derechos del concesionario o sustituirlo.

Sección II: Características

De la anterior definición y explicación, se concluye que los acuerdos directos tienen las siguientes características especiales que los distinguen de otras garantías:

[151] Comisión de Derecho Comercial Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL), "Privately Financed Infrastructure Projects. Draft Chapters of a Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. Report of the Secretary-General. Addendum. Chapter V", sesión 32, Vienna, Austria, del 17 de mayo al 4 de junio de 1999.

a) Le da derechos tanto a la Administración concedente, cuando se trate de concesión de obras públicas, como a las entidades financieras.

La garantía de acuerdos directos le da a la Administración concedente el derecho de autorizar, en caso de incumplimiento contractual por parte del concesionario, la persona propuesta por la(s) entidad(es) financiera(s) que se subrogará los derechos del primero o que en su caso lo sustituirá y le permite, además, continuar asegurando la prestación del servicio público dado en concesión según las condiciones estipuladas en el contrato de concesión original.

Asimismo, como se explicará más adelante, la Administración concedente también podrá subrogarse los derechos y obligaciones de la SVP, como una medida excepcional, en casos de emergencia, cuando se dé una falta específica, temporal y urgente con relación al servicio público prestado o cuando las entidades financieras fracasen en su intento de continuar con la ejecución del proyecto.

Por otro lado, las entidades financieras tienen el derecho de nombrar a un tercero que se subrogue los derechos del concesionario o que lo sustituya, en caso de que éste incumpla sus obligaciones. Los prestamistas también podrían subrogarse los derechos del concesionario o sustituir al mismo, sin embargo, esto casi nunca sucede porque su negocio no es la administración u operación del proyecto. Las figuras de la subrogación y de la sustitución serán explicadas más adelante.

b) Se documenta como un contrato complementario o anexo al de financiamiento y/o como una cláusula dentro del mismo contrato de concesión.

Como se indicó anteriormente, en los ordenamientos jurídicos en donde no le es permitido a la Administración firmar un contrato de garantía de acuerdos directos, es posible incluir en el contrato de concesión una cláusula que faculte a los acreedores a intervenir en caso de un incumplimiento contractual por parte del concesionario y de proponer soluciones al problema, inclusive, nombrar a uno nuevo que se haga cargo del proyecto. Lo anterior con el fin de proteger los intereses de las entidades financieras, el interés público y por ende el éxito del proyecto.

c) Las entidades financieras se garantizan que cualquier incumplimiento contractual será debidamente notificado por la SVP o por la Administración concedente. Éstas tendrán la posibilidad de participar en las discusiones que en esa oportunidad se pudieran dar para buscarle una solución al problema.

d) Cuando haya un incumplimiento contractual por parte del concesionario, y por el interés público que los contratos de concesión revisten, la Administración concedente le dará a la SVP un período de subsanación[152] para que reestablezca las situaciones a su normalidad.

---

[152] En inglés: *cure period,*

Si la SVP fuera incapaz de solucionar sus problemas en este período, la Administración concedente le dará a las entidades financieras la oportunidad de evaluar la situación del proyecto y otros asuntos relevantes relacionados con las acciones que deben ser tomadas por ellas para tomar posesión del mismo y subsanar la causa del incumplimiento. Este período es conocido como el período de subsanación de las entidades financieras.

En este período de subsanación, las entidades financieras pueden nombrar a un tercero que se subrogue los derechos del concesionario o que lo sustituya, o pueden también subrogarse ellas mismas estos derechos o sustituir a la SVP.

e) En el acuerdo directo deberán estipularse las medidas que podrá adoptar la entidad financiera o el tercero y el tiempo máximo de su intervención.

Más adelante se analizará el procedimiento a seguir para hacer efectiva la garantía de acuerdos directos en un FP.

f) Cuando el proyecto financiado sea una concesión, la Administración concedente también podrá asumir las obligaciones del concesionario en el tanto éste no cumpla con el contrato adecuadamente, sea cuando el servicio sea interrumpido o su calidad esté seriamente deteriorada. Ésta también podrá subrogarse los derechos del concesionario cuando se presente una situación de emergencia aunque no haya incumplimiento, lo anterior en aras de proteger el interés público.

Debe de tomarse en cuenta que el derecho de intervención de la Administración concedente es una medida excepcional. Ésta únicamente será aplicable en casos de emergencia, cuando se dé una falta específica, temporal y urgente con relación al servicio público prestado o cuando las entidades financieras fracasen en su intento de continuar con la ejecución del proyecto.

Los inversionistas privados temen en muchos casos que la Administración concedente pueda hacer uso de este derecho o abusar del mismo para imponer sus intereses y para adquirir control sobre los bienes del proyecto. Por lo anterior es recomendable definir claramente las condiciones en las que esta intervención podrá darse, por ejemplo, establecer que ésta es temporal y que es para remediar un problema urgente específico que el concesionario no pudo solucionar e indicar también cuál parte asumirá los costos y riesgos de esa intervención. Generalmente el concesionario correrá con éstos cuando la participación de la Administración concedente fuera requerida producto de un incumplimiento suyo.[153]

g) A través de estos acuerdos directos las entidades financieras pueden cobrar las cantidades adeudadas por la SVP sin necesidad de iniciar una acción de reclamación de deudas como acreedores ordinarios. Este tipo de garantía producirá la novación del contrato de financiamiento.

---

[153] NASSAR (Nagla), "Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective", Escuela de Derecho de la Universidad de Fordham, Periódico Internacional de Derecho de Fordham, 2000.

h) La garantía de acuerdos directos debe verse como el último recurso.

Con respecto a este tipo de garantía, especialmente en relación con las figuras de la subrogación y la sustitución, la problemática que estas plantean es que algunos ordenamientos jurídicos exigen para que se dé la cesión del contrato de concesión una autorización previa por parte de la Administración concedente.

La relación entre las partes en un contrato de concesión está basada en la confianza mutua que existe entre ellas. El concedente generalmente escoge al concesionario por su experiencia, conocimientos, su reputación, su capacidad financiera, y otros factores similares.

Si el concesionario tuviera la opción de traspasar el contrato o algunas de sus obligaciones a cualquier persona, inclusive a una que no cumpliera con los requisitos por los cuales él fue escogido, esto podría generar muchos problemas, en especial para la Administración concedente. Si el nuevo concesionario no cumple con los requisitos económicos, financieros y técnicos estipulados por el cartel y el proyecto fracasa, el interés público se tendría por insatisfecho. Por esta razón resulta necesario que la cesión del contrato sea permitida únicamente si hay un consentimiento escrito por parte del concedente. En este caso, el contrato obligará al concesionario a notificarle por escrito al concedente su intención de hacer la cesión, especificando si se cederá todo el contrato o algunas de sus obligaciones, el nombre y la dirección de la persona a la que se cederá el

contrato y la fecha en que dicha cesión se hará efectiva. El contrato puede exigir la aceptación por parte del concedente como requisito *sine qua non* para que dicho traspaso sea posible.

Esta lista de características especiales que tiene la garantía de acuerdos directos no es taxativa. Dependiendo del tipo de contrato y de las condiciones que éste tenga, así los prestamistas podrán negociar con la SVP.

Subrogación

La subrogación es uno de los medios para ceder el contrato de financiamiento. Cuando hay un incumplimiento contractual por parte del concesionario, la entidad financiera tiene el derecho de subrogarse los derechos del concesionario, previa autorización de la Administración concedente, y asumir las obligaciones contractuales o puede nombrar a un tercero que se encargue del proyecto paralelamente junto con la SVP. Por lo anterior, en cualquiera de estos casos, la SVP continúa siendo responsable por los riesgos y los costos en que se incurra por las medidas adoptadas ya sea por la entidad financiera o por el tercero.[154]

Este es un derecho sumamente importante por el significado que tienen los contratos complementarios al contrato de financiamiento en el éxito del proyecto. Sin este derecho,

[154] Comisión de Derecho Comercial Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL), "Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works", Nueva York, Estados Unidos de América, 1988, p. 295.

las entidades financieras enfrentarían una reducción en el valor del proyecto y se convertirían en esclavos de las demandas del concesionario.[155]

Sustitución

La sustitución es el medio para ceder la totalidad de derechos y obligaciones del concesionario.

Cuando hay un incumplimiento contractual y durante el período de subsanación, las entidades financieras pueden decidir sustituir al concesionario o nombrar a un tercero que lo sustituya, previa autorización de la Administración concedente.

Las diferencias que existen entre la sustitución y la subrogación del proyecto, es que en la primera, a partir de la sustitución, cesa el vínculo de la SVP con el proyecto. Además en ésta se cede totalmente el contrato, sus derechos y sus obligaciones. En la subrogación, como se analizó anteriormente, la SVP continúa siendo responsable por los riesgos y los costos en que se incurra por las medidas adoptadas ya sea por la entidad financiera o por el tercero, y, además, únicamente se hará un traspaso parcial de las obligaciones y los derechos del concesionario.

Sección III: Procedimiento para hacer efectiva la garantía de acuerdos directos

[155] HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance.* Kluwer Law International, Holanda, La Haya, 1998, p.633.

Como se explicó anteriormente, el interés principal de las entidades financieras en un FP es preservar la capacidad de pago del proyecto.

Estas generalmente buscarán la manera de tener el mayor control posible sobre el mismo.

Mientras que el interés de los acreedores y de la SVP es que haya un flujo de caja continuo y capacidad de pago, el interés del gobierno está en brindar un servicio público a precios razonables y eliminar los riesgos monopolísticos.

Cuando hay un incumplimiento contractual, por el interés público que revisten los contratos de concesión, la SVP notificará al gobierno y a las entidades financieras esta situación. El gobierno le dará a la SVP un período de subsanación para que reestablezca las situaciones a su normalidad.

Si la SVP fuera incapaz de solucionar sus problemas en el período de subsanación dado, las entidades financieras le solicitarán al gobierno un período adicional de subsanación en el cual estas evaluarán la situación del proyecto y otros asuntos relevantes relacionados con las acciones que deben ser tomadas por ellas para asumir la posesión del proyecto y subsanar la causa del incumplimiento. Si después de ese análisis las entidades financieras deciden subrogarse los derechos de la SVP, el gobierno deberá darles un tiempo adicional para que solucionen el problema. Esto es lo que se denomina el período de subsanación de las entidades financieras. Si las entidades financieras logran diligentemente arreglar la

situación que provocó el incumplimiento, el gobierno no debe terminar el contrato.[156] Si no logran su cometido el gobierno deberá analizar y decidir si termina el proyecto o si entra él directamente a administrarlo.

El período de subsanación y la subrogación de derechos anteriormente expuestos, generalmente van acompañados de una cláusula de sustitución que autoriza a las entidades financieras a nombrar a un tercero que sustituya a la SVP en caso de un incumplimiento contractual por parte de esta última. Para que esta sustitución se dé, es necesario que la entidad financiera o un tercero en nombre de ésta, notifique al gobierno previamente, indicando el nombre de la compañía que se hará cargo del proyecto. Ante esta notificación el gobierno tendrá un plazo estipulado en el acuerdo directo para revisar si aceptan o no la sustitución solicitada por razones específicas entre las cuales están las capacidades técnicas y financieras de la compañía nominada[157].

Si el gobierno y las entidades financieras aceptaran la sustitución propuesta, estas dos junto con la SVP y la compañía nominada firmarán un contrato nuevo en donde se hará constar la sustitución propuesta y la compañía nominada aceptará los derechos y obligaciones estipulados en el contrato de concesión.

Es posible considerar que la subrogación y la sustitución de derechos generalmente contradicen los principios de transparencia y de libre competencia. El derecho de los acreedores de reemplazar a la SVP por otra compañía es totalmente discrecional. No se

---

[156] NASSAR (Nagla), op.cit.
[157] En ingles: Nominated Company.

permite una oferta abierta en donde las capacidades técnicas, financieras y morales de otros participantes sean tomadas en cuenta. Sin embargo, lo anterior se justifica cuando se tiene por sentado que el interés de las entidades financieras es proponer a una compañía suficientemente capaz que logre construir y operar el proyecto de manera tal que genere ingresos que permitan pagar la deuda, y que el interés del gobierno es aceptar una compañía que cumpla con lo estipulado en el contrato de concesión de manera tal que el interés público se vea satisfecho. [158]

Otra posibilidad para asegurar que el proyecto continuará operando es establecer una cláusula que permita al gobierno subrogarse los derechos de la SVP o sustituirla en el caso de que las entidades financieras no tengan interés en hacerlo o si estas fracasaron en su intento de continuar con la ejecución del proyecto.

La concesión del ferrocarril Côte d'Ivoire-Burkina Faso provee un ejemplo de las provisiones de un acuerdo directo en donde el gobierno se subroga los derechos de la SVP. Esta establece que "si el concesionario no cumple con estándares adecuados para el mantenimiento de la infraestructura del ferrocarril, las empresas estatales, después de haber organizado una audiencia para escuchar al concesionario, pueden obligar a éste a adoptar medidas necesarias. Si esas medidas no son adoptadas, una notificación debe ser entregada al concesionario. Quince días después, si éste continúa inactivo, las empresas

[158] NASSAR (Nagla), op.cit.

estatales pueden completar los trabajos necesarios asumiendo el concesionario los riesgos y los costos".[159]

Debe tomarse en cuenta que el contrato de garantía de acuerdos directos es un contrato complementario o anexo al contrato de financiamiento que al mismo tiempo es un contrato complementario al contrato de concesión de obra o de servicio público.

Para que el contrato de garantía de acuerdos directos sea ejecutable, es necesario que este cumpla con lo estipulado en el contrato de financiamiento y, principalmente, que cumpla con las condiciones establecidas en el contrato de concesión.

De esta manera, las autorizaciones dadas por la Administración concedente mencionadas anteriormente, son autorizaciones que deberán estar permitidas por el ordenamiento jurídico y contempladas en el contrato de concesión, por ejemplo, que se incluya una cláusula de garantía de acuerdos directos y una de cesión del contrato, para que luego, con base en estas estipulaciones, pueda el contrato de garantía de acuerdos directos ser estructurado y eventualmente ejecutado.

---

[159] Banco Mundial, op.cit., p. 48.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CESIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN COSTA RICA

Sección I: La cesión de contratos de concesión de obra pública en la doctrina

La cesión de contratos de concesión de obra pública implica la transferencia de los derechos y obligaciones emergentes del contrato o la cualidad de "parte" contratante respecto de las prestaciones recíprocas a cumplir, para introducir a un tercero en su lugar.

Rufián Lizana define la cesión de estos contratos de la siguiente manera:

"La cesión del contrato implica la sustitución de la persona del concesionario para todos los efectos, de manera que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente. Propiamente hablando, se trata de una novación del contrato por cambio en la persona de una de las partes."[160]

La cesión del contrato de concesión de obras públicas, constituye claramente, una excepción en el modelo de concesión de obras públicas por el carácter personalísimo o *intuitu personae* que tienen estas obligaciones, en donde la Administración Concedente escoge al concesionario en virtud de su capacidad técnica, económica y profesional.

Al respecto señala Jèze:

---

[160] RUFIÁN LIZANA (Dolores M.), op.cit., p. 156.

"En los contratos administrativos propiamente dichos, la regla general es que las obligaciones a cargo del contratante debe cumplirlas él mismo y no otro. La Administración ha elegido su co-contratante en razón de sus cualidades personales. Este último colabora en un servicio público y esa colaboración tiene carácter personal: no se trata de una prestación que cualquier individuo puede proporcionar en lugar del contratante. Esto se manifiesta con gran fuerza en los contratos de concesión de servicio público. El buen funcionamiento del servicio concedido depende esencialmente de las cualidades personales del co-contratante, de su moralidad y de su solvencia." [161]

En este mismo sentido señala Berçaitz:

"La intransferibilidad pertenece también a la naturaleza de los contratos administrativos. Como hemos dicho, los contratos administrativos se celebran fundamentalmente *intuitu personae*. La Administración pública no tiene libertad para contratar con cualquier persona la concesión de un servicio público, la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, la ocupación de un bien del dominio público, la colocación de un empréstito, etc. Es necesario, antes que nada, solvencia económica en relación a la importancia de la obra o del servicio público a prestar. Luego, solvencia moral, ya que las obligaciones contraídas con la Administración pública, por lo mismo que se vinculan con un fin público o pueden afectar una necesidad pública, deben cumplirse con absoluta lealtad y buena fe."[162]

---

[161] JÈZE (Gastón), Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo IV, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1950, pp. 203 y 204.
[162] BERÇAITZ (Miguel Angel), Teoría General de los Contratos Administrativos, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 353.

La doctrina ha sido coincidente en aceptar que los contratos de concesión de obras públicas no pueden ser cedidos sin autorización expresa de la Administración Concedente.

Roberto Dromi manifiesta al respecto lo siguiente:

"La prohibición de cesión o transferencia del contrato se funda en el hecho de que el contrato de obra pública es *intuitu personae,* por lo cual la Administración tiene particular interés en las condiciones morales, económicas y técnicas del contratista, al cual seleccionó a través del procedimiento licitatorio en tanto reunía los requisitos exigidos. Asimismo, se establece la prohibición de asociarse por las mismas causas enunciadas, ya que la sociedad que el contratista pudiera constituir desvirtuaría a la persona o entidad con la que contrató la Administración. La violación a la prohibición expresada provoca la rescisión del contrato.

Sin embargo, podrá autorizarse la cesión o transferencia, asociación o subcontratación con terceros cuando, a juicio del comitente, ese tercero reúna las condiciones deseadas por la Administración y además constituya una notoria ventaja para el Estado."[163]

Asimismo, Fernando MÓ considera que cuando el cesionario ofrezca, por lo menos, iguales garantías (solvencia moral, técnica, económica, etc.) que el cedente

[163] DROMI (Roberto), op.cit., p. 445.

(concesionario), el consentimiento para la cesión podrá otorgarse. Esta medida tiene carácter de excepción y aparece como facultativa para el Estado.[164]

El Estado deberá utilizar criterios objetivos para determinar si es o no posible la cesión. Si bien, como lo dice MÓ, esta medida es facultativa para el Estado, este no podrá decidir arbitraria y/o subjetivamente si cede o no un contrato de concesión. El Estado debe de velar siempre por la satisfacción del interés público y, con base en esto, debe dirigir sus decisiones y acciones.

"No obstante, estimamos que, presentado el caso, la negativa del comitente administrativo no puede ser arbitrario o discrecional. En situación de evidente discrecionalidad y arbitrariedad, pensamos que la negativa estatal podrá ser recurrida buscando el amparo de la justicia.

El objetivo legítimo de la Administración no puede ser otro que asegurar todos los recaudos que procuren el mejor cumplimiento contractual del empresario; cumplida esa exigencia, será difícil mantener la negativa sin caer en abusos."[165]

El ordenamiento jurídico costarricense, como se analizará en las próximas secciones, exige, además de la autorización de la Administración concedente, otras condiciones que deben ser cumplidas para que se dé la cesión de contratos de concesión de obra pública.

---

[164] MÓ (Fernando), Régimen Legal de las Obras Públicas, Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2° edición, 1982, p. 182.
[165] Ibid.

Sección II: La cesión de contratos de concesión de obra pública en el ordenamiento jurídico costarricense

El tema de la cesión de contratos de concesión de obra pública en el ordenamiento jurídico costarricense ha ido cambiando y adecuándose a las necesidades que han ido presentándose.

Antes de entrar a analizar la cesión de contratos de concesión de obra pública en el ordenamiento jurídico costarricense, conviene analizar la figura del concesionario entendido como sociedad anónima nacional y las obligaciones que el adjudicatario tiene con respecto a la misma, el financiamiento por capitalización en la etapa de construcción y el remate del derecho de la explotación del conjunto de bienes objeto de la concesión por quiebra del concesionario, contemplados respectivamente en los artículos 31, 46 y 62 de la LGCOP para efectos de diferenciar estas figuras de financiamiento por capitalización y de remate, de la cesión propiamente dicha del contrato de concesión.

a) Sociedad Anónima Nacional

La Sociedad Anónima Nacional es la sociedad que debe constituir el adjudicatario, por disposición legal, en un plazo máximo de noventa días naturales contados a partir de la firmeza del acto de adjudicación para celebrar el contrato de concesión.

Esa sociedad tiene como objeto único y exclusivo la ejecución del contrato de concesión. Una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella, la sociedad deberá ser disuelta.

El artículo 31 de la LGCOP en su inciso cuarto establece que en ningún caso el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento del capital social de la sociedad anónima nacional. En resguardo del carácter *intuitu personae* de la concesión de obra pública, el legislador estableció este tipo de "garantía" para lograr que durante la vigencia del contrato el adjudicatario, persona escogida por la Administración por sus cualidades técnicas, económicas, financieras y morales, tuviera un porcentaje accionario tal, que le permitiera tener el control del proyecto.

La obligación del adjudicatario de constituir una sociedad anónima nacional ha sido exigida por diversos ordenamientos jurídicos.

"Normalmente la legislación internacional sobre concesiones exige que se forme una sociedad ad hoc, creada por los promotores del proyecto en el país que convoca la concesión y regida por la legislación del Estado donde se sitúa la concesión, independientemente de la nacionalidad de los promotores o adjudicatarios. Puesto que con frecuencia a las licitaciones se presentan consorcios formados por varias empresas que tienen personalidad jurídica distinta, la sociedad concesionaria será una nueva sociedad cuyos socios son los que formaron el consorcio adjudicatario, ligados entre sí por algún tipo de vínculo anterior a la formación misma de la sociedad. La sociedad así

creada, asume los derechos y obligaciones nacidos del contrato de concesión, firmado por el adjudicatario de la licitación.

En general, el Estado concedente exige además que la sociedad disponga de un capital mínimo y prohíbe la venta de las acciones durante un cierto período de tiempo (como mínimo la duración de las obras). Ello implica que los adjudicatarios de la concesión seguirán siendo los dueños de las acciones de la sociedad concesionaria, lo que constituye una garantía no solamente para el Ministerio de Obras Públicas, sino también para los bancos que seguirán implicados en el proyecto".[166]

La Sociedad Anónima Nacional es una figura especial dentro de las Sociedades Anónimas tradicionales contempladas en el Código de Comercio, puesto que tiene características especiales como por ejemplo la obligación de disolver la sociedad una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella y la obligación del adjudicatario de tener un porcentaje accionario mínimo (51%) del capital social de la compañía durante la vigencia del contrato.

El legislador contempla la posibilidad de ceder hasta un cuarenta y nueve por ciento (49%) del capital social de la compañía, debiendo el adjudicatario tener siempre el cincuenta y un por ciento (51%) de este, cuando sea necesaria la capitalización para financiar la obra.

---

[166] RUEIÁN LIZANA (Dolores M.), op.cit., p. 81

b) Financiamiento por capitalización

El artículo 46 de la LGCOP regula los límites del financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción de la obra.

"Artículo 46: Financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción

1.- Durante la etapa de construcción, cuando el concesionario decida financiarse por emisión accionaria, podrá ofrecer **hasta un cuarenta y nueve por ciento (49%) del total del capital social** de la sociedad efectivamente suscrito y pagado.

2.- El concesionario deberá comunicar a la Administración concedente cualquier modificación del capital social y permanentemente tendrá a disposición de ella y la Contraloría General de la República, el libro de accionistas al día.". (El subrayado no es del original).

Este artículo autoriza el financiamiento por capitalización respetando siempre la mayoría accionaria que el adjudicatario está obligado a tener durante la vigencia del contrato.

Con respecto al objetivo de la venta de acciones autorizada en el artículo 46 mencionado anteriormente, la Procuraduría General de la República, en su oficio número C-243-2000, manifestó que esta venta es utilizada para la obtención de recursos económicos para la

construcción de la obra y no como un mecanismo de cesión de acciones para traspasar la concesión y sustituir al concesionario.[167]

La etapa de construcción de la obra es la de mayor riesgo para el concesionario puesto que requiere de la inversión de significativas cantidades de recursos económicos y financieros. El financiamiento por capitalización es utilizado como un mecanismo para atraer la inversión privada hacia la construcción de obras públicas, dotando al concesionario de instrumentos jurídicos que le permitan obtener financiamiento durante la etapa en la que se realizan los mayores desembolsos económicos.

La etapa de explotación, por su parte, es el período durante el cual el concesionario recupera la inversión realizada a través del cobro de los peajes o tarifas. Por esta razón, el legislador únicamente contempló expresamente el financiamiento por capitalización para la etapa de construcción y no para la etapa de explotación del proyecto.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que el financiamiento por capitalización no puede verse como una cesión del contrato de concesión. El legislador costarricense consideró la importancia de la inversión privada para la infraestructura del país a través de los contratos de concesión de obras públicas, sin embargo, procuró mantener este contrato apegado al principio *intuitu personae,* y no constituirlo como un típico negocio financiero. Esta conclusión está reforzada con el inciso cuarto del artículo 31, mencionado anteriormente, al establecer la obligación del adjudicatario de no tener, en

[167] Procuraduría General de la República, oficio número C-243-2000, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 3 de octubre de 2000.

ningún caso, una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social de la Sociedad Anónima Nacional.[168]

En la cesión del contrato de concesión, como se va a analizar más adelante, el cesionario puede subrogarse en los derechos y obligaciones que corresponden al cedente o puede sustituirlo. Sin embargo, el concesionario no puede proceder a ceder sus derechos y obligaciones, en ningún caso, sin autorización administrativa y sin autorización de la Contraloría General de la República si la cesión sobrepasa el cincuenta por ciento (50%) del capital social de la sociedad concesionaria. Por el contrario, en el financiamiento por emisión de acciones no ha sido previsto que la Administración pueda autorizar ni la emisión misma ni mucho menos quien compra las acciones emitidas.

c) Remate del Derecho a la Explotación de la Concesión por Quiebra del Concesionario

El artículo 61 de la LGCOP establece los requisitos que debe de cumplir el concesionario para solicitar la declaratoria de quiebra.

El artículo 61, inciso 1 dispone lo siguiente:

"Como acto previo a la solicitud de la declaratoria de quiebra, el concesionario que no pueda cubrir sus obligaciones tendrá la facultad de apersonarse ante el juez civil de su domicilio, para solicitarle una suspensión de pagos por un plazo máximo de tres meses,

[168] Ibid.

contados a partir de la resolución que autoriza la suspensión, con el objeto de que, durante el primer mes de este período, presente una proposición de convenio para el pago de los acreedores.".[169]

Una vez que el concesionario haya solicitado la suspensión y haya presentado los documentos requeridos, el juez autorizará la suspensión de pagos. A partir de esta resolución, como se mencionó anteriormente, el concesionario deberá presentar una proposición de convenio para el pago de los acreedores la cual deberá ser autorizada por dos terceras partes de los acreedores y aprobada por el juez. Si esta mayoría no fuera alcanzada, el juez declarará la quiebra de la sociedad concesionaria.

La quiebra también puede ser declarada a instancia de la Administración concedente o de algún acreedor, cuando el concesionario abandone, de hecho o de derecho, la explotación de la concesión o se resuelva el contrato de concesión. Una vez que la Administración concedente compruebe el abandono o que adquiera firmeza el acto que resuelve el contrato de concesión, ésta nombrará a un interventor que asumirá la administración y explotación temporal de la concesión hasta la integración de una Junta de Intervención compuesta por un representante de la Administración concedente, uno escogido de la terna presentada por la masa de acreedores y un representante del Consejo Nacional de Concesiones.[170]

---

[169] LGCOP, art. 61, inciso 1.
[170] LGCOP, art. 61, incisos 6 y 7.

Declarada la quiebra por el juez y firme la resolución, la Administración concedente procederá a integrar la Junta de Intervención la cual fungirá como curador, siguiendo lo estipulado en el Código de Comercio para un proceso normal de quiebra.

Dentro de los seis meses siguientes a la firmeza de la resolución que declara la quiebra del concesionario y siguiendo lo estipulado en el artículo 62 de la LGCOP, se procederá a rematar el derecho a la explotación del conjunto de bienes objeto de la concesión.

El artículo 62 de la LGCOP, por su parte establece las reglas que se deben de seguir para el remate. Este indica que sólo podrán ser rematarios las empresas o los consorcios empresariales que cumplan con los requisitos indicados en el cartel de la concesión respectiva para ser concesionario. Para este efecto, la Administración concedente dispondrá de treinta días naturales contados a partir del remate para determinar si el rematario cumple o no con los requisitos.

Si se llega a un tercer remate y en éste no existen aún postores idóneos, la Administración concedente asumirá directamente la explotación, sin ninguna responsabilidad con respecto a los saldos insolutos. Esta podrá promover un nuevo concurso para dar en concesión la obra o el servicio público si así lo estimare conveniente.

El nuevo concesionario adquirirá el derecho de explotación libre de todo gravamen.

Esta adjudicación autorizada por la Administración concedente al rematario para que explote la concesión producto de la declaratoria de quiebra del concesionario, es un caso excepcional, estipulado por ley, por el carácter de interés público que las concesiones de obras y de servicios públicos revisten. Lo que se trata de lograr con este proceso es evitar pasar nuevamente por todo el proceso de licitación para adjudicar la concesión a un nuevo oferente.

d) La cesión de contratos de concesión de obra pública en la legislación costarricense

La cesión de contratos de concesión de obra pública debe ser aplicada excepcionalmente. Esta pretende evitar la terminación del contrato, inclusive, que el concesionario sea declarado en quiebra. Lo que persigue esta figura es que cuando razones o circunstancias de interés público muy calificadas de fuerza mayor o caso fortuito así lo justifiquen, la Administración concedente, mediante un acto debidamente razonado, podrá autorizar la cesión de los derechos y obligaciones del concesionario.

Si bien, como anteriormente se indicó, el artículo 31 de la LGCOP establece una obligación al adjudicatario de no tener en ningún caso una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social de la Sociedad Anónima Nacional, esta prohibición no es absoluta.

La LGCOP contempla en su artículo 64.3 la posibilidad de aplicar supletoriamente la LGAP, número 6227 del 2 de mayo de 1978 y la LCA, número 7494 del 2 de mayo de 1995, en lo no previsto en la LGCOP.

La LGCOP no se refiere expresamente a la cesión total o parcial de contratos de concesión de obras públicas. Por esta razón, y en virtud de lo establecido en el artículo 64.3 anteriormente mencionado, es necesario analizar la LCA y la LGAP para determinar si es o no posible esta cesión.

El artículo 36 de la LCA dispone que:

"Los derechos y las obligaciones del contratista no podrán cederse sin la autorización previa y expresa de la Administración contratante, por medio de acto debidamente razonado.

Cuando la cesión corresponda a más de un cincuenta por ciento (50%) del objeto del contrato, se requerirá autorización previa de la Contraloría General de la República. En ningún caso la cesión procederá en contra de las prohibiciones establecidas en al artículo 22 de esta Ley.".

El artículo 22 de la LCA, por su parte, determina las personas que están inhibidas de participar como oferentes, en forma directa o indirecta, en los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a la LCA.

De la redacción del artículo 36 de la LCA se desprende que el concesionario no puede ceder el contrato por su propia y exclusiva voluntad, imponiéndole un cambio de contratante a la Administración. Por el contrario, la Administración tiene la facultad de decidir si acepta o no una propuesta de cesión, debiendo razonar su decisión. Asimismo, aun contando con la autorización de la Administración, en los casos en que la cesión exceda el cincuenta por ciento del objeto del contrato, es requerida la autorización de la Contraloría General de la República.[171]

Asimismo, el artículo 75 de la LCA, en su inciso h) establece como una de las causas de resolución del contrato de concesión de gestión de servicios públicos la cesión de la concesión sin estar autorizada previamente por la Administración.

Por otro lado, el artículo 4 de la LGCOP establece que las concesiones referidas en esa ley se regirán, entre otras, por la LGCOP y su reglamento.

Con relación al RLGCOP cabe mencionar que anteriormente este no contemplaba la forma ni los supuestos bajo los cuales la Administración podía autorizar la cesión parcial o total del contrato de concesión. Sin embargo, a raíz del vació legal y reglamentario que existía en este tema y en aras de satisfacer el interés público y de cumplir con los principios constitucionales de la contratación administrativa, el Poder Ejecutivo reformó

[171] Procuraduría General de la República, opinión jurídica número OJ-067-2003, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 25 de abril de 2003.

mediante Decreto Ejecutivo número 31155-MOPT de 2 de mayo de 2003, el artículo 45 de este reglamento.

Producto de esta reforma el artículo 45, inciso 3 del RLGCOP establece lo siguiente:

"Cuando razones o circunstancias de interés público muy calificadas, de fuerza mayor o de caso fortuito así lo justifiquen y en el tanto con ello no se violen los principios constitucionales de la contratación administrativa, la Administración concedente, mediante un acto debidamente razonado, podrá autorizar la cesión de los derechos y obligaciones del concesionario, comprendiendo dentro de estos el traspaso del cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social de la sociedad concesionaria. En estos casos se requerirá adicionalmente autorización previa de la Contraloría General de la República.".

Asimismo, el inciso 4 del artículo 45 anteriormente mencionado manifiesta que:

"Para autorizar la cesión de derechos y obligaciones del concesionario o el traspaso de las acciones de la sociedad concesionaria, la Administración deberá verificar que las características y condiciones del virtual concesionario mejoren y no lesionen la consecución del interés público pretendido por la concesión, según la etapa presente o futura en que la concesión se encuentre o se vaya a encontrar.".

Del análisis de estos artículos se concluye que tanto el RLGCOP como la LCA son coincidentes en afirmar que efectivamente la cesión de contratos de concesión de obra

pública es permitida en Costa Rica. Si bien la Administración contratante tiene que dar una autorización previa para que esta se dé, el ordenamiento jurídico la autoriza, en casos excepcionales de fuerza mayor o de caso fortuito, siempre que no se violen los principios constitucionales de la contratación administrativa.

El voto 998-98 de la Sala Constitucional[172] define los siguientes como principios constitucionales de la contratación administrativa:

(i) **Libre concurrencia:** Tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia. Destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece;

(ii) **Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes:** Dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista;

[172] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto número 0998-98, de las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998.

(iii) **Publicidad:** Consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate;

(iv) **Legalidad o transparencia de los procedimientos**: Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción;

(v) **Seguridad jurídica**: Busca darle seguridad y garantía a los oferentes de su participación;

(vi) **Formalismo de los procedimientos licitatorios**: En cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa, de manera tal, que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia;

(vii) **Equilibrio de intereses**: Es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el

contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste;

(viii) **Principio de buena fe**: Se considera como un principio moral básico que la administración y los oferentes actúen de buena fe. Las actuaciones de ambas partes deben estar caracterizadas por normas éticas claras donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro;

(ix) **La mutabilidad del contrato:** La administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar;

(x) **Intangibilidad patrimonial**: La administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al co-contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado; y

(xi) **Control de los procedimientos**: Todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos.

Es importante mencionar también que, con base en lo estipulado en el artículo 45 inciso 3 del RLGCOP, el cincuenta y uno por ciento (51%) a que se refiere el artículo 31 de la LGCOP, también puede ser cedido siempre y cuando además de los requisitos mencionados anteriormente, se dé la autorización previa de la Contraloría General de la República.

e) La cesión de contratos de concesión de obra pública en la jurisprudencia costarricense

El tema de la cesión de contratos de concesión de obra pública ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia costarricense y ha tenido modificaciones importantes a través de los años.

La **Sala Constitucional** ha desarrollado las características esenciales del contrato de concesión de obra pública y se ha referido también al tema de la cesión de los derechos y obligaciones del concesionario de la siguiente manera:

"...En consecuencia, [la concesión] tiene las siguientes características relevantes: a) Por la vía de la concesión se encarga la ejecución de la obra y se transmiten los poderes

jurídicos necesarios para que se la explote; b) La transmisión de esos poderes es temporal y la explotación en general reserva a la Administración sus facultades de autorización, control y vigilancia; c) La titularidad del derecho de propiedad y de la prestación del servicio público se mantiene en cabeza de la Administración; ch) La prestación del servicio público por parte del concesionario se subordina a los principios de conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución; **d) Los derechos y obligaciones del concesionario y, en su caso, de los subcontratistas, no pueden ser cedidos, fideicometidos o gravados, ni puede celebrarse ningún convenio de usufructo, arrendamiento, administración o explotación total o parcial sobre los bienes objeto de la concesión sin el consentimiento previo y expreso de la Administración concedente y la aprobación de la Contraloría General de la República, consentimiento y aprobación que ha de entenderse necesariamente, y así se interpreta con motivo de esta opinión, que no pueden darse si hay límites constitucionales o legales que lo impidan;** y e) La concesión se extingue, entre otras causales, mediante el rescate por causa de interés público.".[173] (El subrayado no es del original).

Asimismo, el voto número 5403-95 de la Sala Constitucional manifiesta que:

"Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de "colaboración" o de "atribución", respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto intuito personae. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente

[173] Sala Constitucional, voto número 37892-92 de las 12 horas del 27 de noviembre de 1992.

respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponden "personalmente" al concesionario, lo que **no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos**. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; **el principio intuito personae entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas.** Así, salvo el supuesto de que el ordenamiento jurídico lo permita y el contrato lo autorice "ab initio", **sin autorización expresa de la Administración,** el concesionario no puede "ceder" o "transferir" el contrato, introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan "intuito personae", por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanan de ellos, **sin autorización expresa de la Administración.**".[174] (El subrayado no es del original).

Si bien estas dos sentencias son anteriores a la LGCOP, ley que rige actualmente lo concerniente a las concesiones de obras públicas, lo importante es que ambas coinciden en que el concesionario no puede ceder o transferir el contrato a un tercero si no se cumplen ciertas condiciones, entre las cuales está la autorización expresa de la Administración concedente.

---

[174] Sala Constitucional, voto número 5403-95 de las 16 horas 6 minutos del 3 de octubre de 1995.

Por su parte, la **Procuraduría General de la República** en su oficio número C-243-2000[175] analiza la posibilidad de que en la etapa de explotación de una concesión de obra pública con servicio público se pueda transferir la propiedad y la responsabilidad de la sociedad concesionaria a un tercero mediante el contrato de cesión de acciones. Después de un análisis bastante extenso, la Procuraduría llega a varias conclusiones dentro de las cuales están las siguientes:

i) El financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción es una figura jurídica distinta de la cesión de la concesión a un tercero mediante el traspaso de la totalidad de las acciones. En efecto, ese financiamiento no pretende una sustitución del concesionario en el ejercicio de los derechos y obligaciones que la concesión implica.

ii) En ausencia de una norma expresa que la autorice, debe concluirse que la cesión o traspaso de la concesión es un acto jurídico no autorizado por el ordenamiento jurídico costarricense.

El 25 de abril de 2003, mediante opinión jurídica número OJ-067-2003[176], la Procuraduría General de la República se refirió al oficio número 20030220 de 10 de abril de 2003 presentado por la señora Rocío Aguilar, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones, a través del cual se le solicitó emitir criterio en relación con el proyecto de Decreto para reformar el artículo 45 del RLGCOP. En esta oportunidad la

---

[175] Procuraduría General de la República, oficio número C-243-2000, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 3 de octubre de 2000.

[176] Procuraduría General de la República, opinión jurídica número OJ-067-2003, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 25 de abril de 2003.

Procuraduría emitió un criterio no vinculante en razón del objeto de la consulta, ya que la potestad reglamentaria le corresponde al Poder Ejecutivo, y la regularidad jurídica de ese tipo de propuestas no está sujeta a la función consultiva de ese Órgano Asesor.

Los temas desarrollados en esta opinión jurídica fueron el principio en materia contractual: el carácter intuitu personae del contrato, la aplicación supletoria de la LCA y el proyecto de reforma del artículo 45 del RLGCOP. Del análisis hecho, la Procuraduría General de la República concluyó lo siguiente:

i) La LGCOP no autoriza, en forma expresa, la cesión de la concesión.

ii) No obstante, en virtud de lo dispuesto en su artículo 64.3 resulta aplicable la LCA, especialmente lo establecido en el artículo 36.

iii) De conformidad con lo anterior, la cesión debe ser autorizada previamente por la Administración concedente por medio de una decisión razonada.

iv) Dado que la cesión de la concesión como contrato administrativo es excepcional, la autorización administrativa sólo puede ser extendida cuando se satisfaga plenamente el interés público y ante circunstancias excepcionales cuya calificación corresponde a la Administración. De cederse más del cincuenta por ciento (50%) del objeto del contrato o del monto de lo contratado, la cesión debe ser autorizada por la Contraloría General de la República. En virtud de lo anterior, la Procuraduría consideró que los artículos 45.3, 45.4 y 45.5 del Proyecto de Reglamento consultado son

conformes con lo dispuesto en la LCA y no vulneran los principios de la LGCOP.

v) Corroboró asimismo la Procuraduría en esta opinión jurídica, que en el caso del financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción, por ser una figura distinta a la cesión de la concesión, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 46 de la LGCOP.

Este artículo, como se mencionó anteriormente, permite el financiamiento de la sociedad concesionaria en la etapa de construcción, mediante emisión accionaria hasta por un máximo del cuarenta y nueve por ciento del total del capital social efectivamente suscrito y pagado. Según lo manifestado por la Procuraduría General de la República, el límite indicado está en relación con el porcentaje mínimo de capital social que debe mantener el adjudicatario.

Por su parte, la Contraloría General de la República también ha emitido criterio sobre la cesión de contratos de concesión de obras públicas manifestando lo siguiente:

"El tema de la "cesión del contrato" es un aspecto que la Ley 7762 no regula, a diferencia de la Ley de Contratación Administrativa, que en su artículo 36 prevé que los derechos y las obligaciones del contratista pueden cederse previa autorización expresa de la Administración contratante o de la Contraloría General de la República, dependiendo de si la cesión es de más de un 50% del objeto del negocio.

(...) Consentir la cesión de los derechos y obligaciones derivados del contrato y abrir la posibilidad de sustituir al adjudicatario (novación subjetiva) haría entonces nugatoria la prohibición contemplada en la ley para ceder la totalidad de las acciones, resultando, en nuestra opinión, improcedente. La novación no es otra cosa que un modo de "extinguir" la obligación, no contemplada en la ley. (...) En conclusión, la omisión advertida en la Ley 7762 sobre la posibilidad de ceder el contrato, no responde a un olvido del legislador que pueda integrarse con otras disposiciones del ordenamiento jurídico, sino que concuerda con la rigurosidad del procedimiento concursal, la especial naturaleza e importancia de los bienes y servicios concesionables, así como con la limitante porcentual prevista expresamente para la cesión de acciones."[177]

Hasta este momento la Contraloría General de la República no solo no había aceptado expresamente la cesión de contratos de concesión de obras públicas sino que había indicado que esta cesión no estaba autorizada en la ley 7762 ni en su reglamento. Sin embargo, el 7 de agosto de 2003, mediante oficio número 08619, DI-AA-1929 la Contraloría cambia de opinión y acepta implícitamente esta cesión.

Así, a través del oficio número 08619, la Contraloría le comunica a la máster Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones, la aprobación del contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, proyecto San José-Caldera, y su respectivo addendum, suscritos entre el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa Concesiones Viales, S.A. Si bien es cierto que el Órgano

[177] Contraloría General de la República, oficio número 6171 de 21 de junio de 2000, DAGJ-932-2000.

Contralor sujeta a algunas condiciones esta aprobación, no hace éste especial referencia a la cláusula 1.13.2 del addendum al contrato de concesión el cual establece lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 36 de la Ley de Contratación Administrativa, 39 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, el artículo 64.3 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas con Servicios Públicos y el artículo 45 de su Reglamento, los miembros del consorcio concesionario podrán ceder, total o parcialmente, sus derechos y obligaciones derivados de este Contrato y del acto de adjudicación, cuando razones o circunstancias de interés público muy calificadas, de fuerza mayor o de caso fortuito, así lo justifiquen.

Dicha cesión requerirá autorización previa y expresa de la Administración Concedente, que se otorgará mediante un acto debidamente razonado. Si la cesión corresponde a más del cincuenta por ciento de los derechos y obligaciones del Concesionario, dicha cesión deberá contar también con la autorización previa de la Contraloría General de la República. De autorizarse y efectuarse la cesión, el cesionario se considerará, para todos los efectos legales, como Concesionario, y el cedente quedará relevado de su responsabilidad solidaria con la Sociedad Concesionaria y los restantes miembros del consorcio concesionario.

El CNC autorizó mediante acuerdo único de la cesión extraordinaria número 1-02 celebrada el 24 de octubre de 2002, ratificado mediante acuerdo número 4 de la sesión ordinaria número 09-03 celebrada el 18 de junio del 2003, la cesión de derechos y

obligaciones correspondiente al cinco por ciento de participación de Industrias Acosol, S.A. en el Consorcio Adjudicatario y del Concesionario a favor de SNC Lavalin de Costa Rica, S.A. **De conformidad con los términos de dicha autorización, la cesión de derechos y obligaciones está condicionada al refrendo del Contrato de Concesión por parte de la Contraloría General de la República.** A partir de dicho refrendo, SNC Lavalin de Costa Rica, S.A. se considerará, para todos los efectos, miembro del Consorcio Concesionario, e Industrias Acosol, S.A. quedará plenamente relevado de cualquier responsabilidad frente a la Administración Concedente en relación con la Licitación, acto de adjudicación o este Contrato.".[178] (Lo resaltado no es del original.).

Con base en lo anterior, se concluye que si bien la Contraloría no había aceptado expresamente la cesión de contratos de concesión de obras públicas antes del 7 de agosto de 2003, al momento de aprobar el contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, proyecto San José-Caldera, y su respectivo addendum, incluyendo su cláusula 1.13.2, implícitamente aceptó que se diera la cesión total o parcial de los derechos y obligaciones de los miembros del consorcio concesionario derivados de ese Contrato, cumpliendo, eso sí, con los requerimientos estipulados en esa cláusula.

Del análisis hecho de la jurisprudencia costarricense, con relación a la cesión de contratos de concesión de obras públicas, se concluye que si bien ésta no había sido aceptada desde siempre, recientemente sí ha sido permitida tanto por la Sala Constitucional como por la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, siempre y

[178] Addendum al Contrato Concesión de la Carretera San José-Caldera suscrito entre el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa Concesiones Viales, S.A. el día 24 de junio de 2003, cláusula 1.13.2.

cuando esta cumpla con las condiciones estipuladas por la LGCOP, su reglamento y el Contrato de Concesión.

Sección III: La cesión de contratos de concesión de obras pública en otros ordenamientos jurídicos

El traspaso de la concesión de obras pública a terceros, en casos excepcionales, ha sido autorizado por varios ordenamientos jurídicos, entre otros, por el chileno y el venezolano.

El ordenamiento jurídico chileno establece al respecto lo siguiente:

"(...) Desde el perfeccionamiento del contrato el concesionario podrá transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria. El Ministerio de Obras Públicas autorizará dicha transferencia siempre que en ella se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso siguiente. De lo contrario deberá denegar la autorización por resolución fundada. Si transcurridos sesenta días contados desde la solicitud de autorización, el Ministerio no se hubiere pronunciado, se entenderá que la concede.

La cesión voluntaria o forzosa de la concesión deberá ser total, comprendiendo todos los derechos y obligaciones de dicho contrato y sólo podrá hacerse a una persona natural o jurídica, o grupo de ellas, que cumpla con los requisitos para ser licitante, no esté sujeta a

inhabilidades y dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 del presente cuerpo legal.".[179]

El artículo 9, por su parte, establece la obligación que tiene el adjudicatario de constituir una sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera para celebrar el contrato de concesión y de suscribir ante notario tres transcripciones del decreto supremo de adjudicación de la concesión.

En el ordenamiento jurídico chileno, la cesión del contrato constituye una excepción en el régimen del contrato de concesión, puesto que éste tiene carácter personalísimo ya que en la adjudicación fueron consideradas las cualidades del contratista. Por esta razón, la cesión está expresamente limitada por la ley que en primer lugar exige autorización previa del MOP (Ministerio de Obras Públicas), y en segundo lugar, establece los requisitos que deben concurrir para evitar su utilización fraudulenta.[180]

El ordenamiento jurídico venezolano, por su parte, autoriza la cesión del contrato de concesión, previa autorización del ente concedente, de la siguiente manera:

"El concesionario podrá ceder o transferir, desde el perfeccionamiento del contrato, la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria previa autorización del ente concedente. En el caso de que se hubiere constituido garantía sobre el contrato de

---

[179] Decreto Nº 900, Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario oficial de 18 de Diciembre de 1996, art. 21.
[180] RUFIÁN LIZANA (Dolores M.), op.cit., p. 157.

concesión de conformidad con el artículo anterior, se requerirá también de la aprobación escrita del acreedor prendario.

La cesión voluntaria o forzosa de la concesión deberá ser total, comprenderá todos los derechos y obligaciones derivados del contrato y la persona jurídica que pretenda sustituirse en el concesionario, incluido el acreedor prendario, deberá reunir los requisitos establecidos para ser licitante, no podrá estar sujeta a inhabilidades y acreditará suficientemente su capacidad para cumplir las metas, plazos, especificaciones técnicas y demás obligaciones y requisitos fijados en el pliego de condiciones y en el contrato.".[181]

Rafael Badell Madrid, autor venezolano, manifiesta lo siguiente con relación a lo estipulado en la Ley de Concesiones:

"La Administración tiene en cuenta las condiciones particulares del concesionario para el otorgamiento de la concesión y tiene interés en que dicho concesionario se mantenga prestando el servicio. Expresión del carácter intuitu personae del contrato de concesión lo encontramos en el artículo 35 de la Ley de Concesiones que prohíbe la cesión del contrato sin autorización del Ejecutivo Nacional. Esta prohibición opera como principio general en la materia. (...)

En todo caso, la posibilidad de que el concesionario pueda ceder su contrato y las garantías que gravaren a éste, no desvirtúan el principio general: el contrato no puede ser

[181] Ley de Concesiones, Decreto Nº 319, 17 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999, art. 35.

cedido. En consecuencia, de acuerdo con el régimen de la Ley de Concesiones, la cesión voluntaria o forzosa de la concesión deberá ser total, comprenderá todos los derechos y obligaciones derivados del contrato y la persona jurídica que pretenda sustituirse en el concesionario, incluido el acreedor prendario, deberá reunir los requisitos establecidos para ser licitante, no podrá estar sujeta a inhabilidades y acreditará suficientemente su capacidad para cumplir las metas, plazos, especificaciones técnicas y demás obligaciones y requisitos fijados en el pliego de condiciones y en el contrato (artículo 35).".[182]

Con base en lo anterior debe afirmarse que la cesión de contratos de concesión de obra pública es una excepción al principio *intuitu personae* que caracteriza a los contratos de concesión de obra pública, y que como tal, únicamente es permitida en los casos estipulados por el ordenamiento jurídico y cumpliendo las condiciones establecidas en este.

[182] BADELL MADRID (Rafael), Régimen Jurídico de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos, Venezuela, http://badellgrau.com/opiregconc.html.

CAPÍTULO TERCERO. APLICACIÓN DE LA GARANTÍA DE ACUERDOS DIRECTOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN COSTA RICA

Sección I: Garantías que regula la legislación costarricense en materia de concesión de obras públicas

Las garantías reguladas expresamente por la LGCOP y por su reglamento en materia de concesión de obras públicas son cuatro: participación, construcción, explotación y las ambientales.

a) Garantía de Participación

La garantía de participación es la que tiene que rendir el oferente para poder participar en la licitación pública.[183] Esta garantía, aceptada por la Administración concedente, legitima la oferta presentada.

La garantía de participación, salvo disposición en contrario del cartel, deberá tener una vigencia original de hasta por el plazo mínimo de un mes contado a partir de la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación. Una vez adjudicada la obra, las garantías serán devueltas, salvo disposición en contrario de las condiciones del concurso,

[183] LGCOP, art. 33, inciso 2.

a petición del interesado, dentro de los ocho días hábiles siguientes a la firmeza en vía administrativa del acto de adjudicación, con excepción del caso del adjudicatario, el cual deberá prorrogar la vigencia de la garantía de participación por todo el período necesario hasta el inicio de la etapa de construcción.[184] Según lo estipulado en el artículo 33 de la LGCOP, la falta de prórroga oportuna de esta garantía, será causal de resolución del contrato.

El artículo 22 del RLGCOP establece que la garantía de participación se definirá en el cartel por la Administración concedente entre un uno por ciento (1%) y un cinco por ciento (5%) de la estimación del valor actual neto del proyecto estipulada en el cartel, en relación con la complejidad del objeto de la concesión, y la necesidad de respaldar la seriedad de la oferta, la constitución de la sociedad y la firma del contrato.

En el cartel de licitación de la Carretera San José Caldera, Licitación Pública Internacional 01-98, la Administración concedente requirió que los oferentes debían otorgar una garantía de participación a favor del Consejo Nacional de Concesiones, con el fin de asegurar la seriedad de su propuesta y respaldar los daños que pudiera causar el incumplimiento del oferente. Para ese concurso se estableció la garantía en un cinco por ciento (5%) del presupuesto oficial de la obra y se indicó un plazo de vigencia mínima de la garantía de cinco meses contados a partir de la fecha establecida para la apertura de las ofertas.[185]

---

[184] RLGCOP, art. 22.
[185] Consejo Nacional de Concesiones, op.cit., p.56.

b) Garantía de Construcción

La garantía de construcción es la que deberá constituir el adjudicatario antes de suscribir el contrato de concesión.[186] El monto de esta garantía se definirá entre un cinco por ciento (5%) y un diez por ciento (10%) del valor presente de los costos de construcción, conservación, ampliación o reparación de la obra, con el fin de respaldar que la(s) obra(s) se construirá(n) dentro del tiempo establecido en el cartel.[187]

La garantía de construcción se ejecutará total o parcialmente, hasta por el monto necesario para resarcir a la Administración concedente, por los daños y perjuicios imputables al concesionario.

Si la Administración concedente se viera obligada a ejecutar anticipadamente la garantía de construcción, el concesionario deberá rendir una nueva por el mismo monto, de suerte que el contrato de concesión quede garantizado en todo momento hasta finalizada la construcción y recibida a satisfacción por la Administración concedente.[188]

En el caso de la concesión de la carretera San José-Caldera, el cartel de licitación establece que la sociedad concesionaria deberá de entregar las garantías de construcción (una garantía de construcción para cada uno de los tres tramos que componen el

[186] LGCOP, art. 33, inciso 4.
[187] RLGCOP, art. 41.
[188] LGCOP, art. 42, inciso 4.

proyecto), antes de la celebración del contrato de concesión. Asimismo establece, que la garantía de construcción será de un diez por ciento (10%) del presupuesto oficial de la obra y que el plazo de la misma será el período previsto para la construcción de las obras, debiendo renovarse si existiera algún atraso para este efecto. Esta garantía, según lo estipulado en este cartel de licitación, será devuelta una vez que el concesionario entregue a la Administración concedente la garantía de explotación para el tramo correspondiente.[189]

c) Garantía de Explotación

De previo a iniciarse la explotación de la obra o el servicio público, el concesionario deberá constituir la 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 de la explotación.[190]

Para el caso de la licitación de la carretera San José-Caldera, la Administración solicitó al concesionario rendir una garantía de explotación del cinco por ciento (5%) sobre el valor estimado del costo de operación y mantenimiento anual la cual tendrá una vigencia igual al período de explotación. La Administración aclara en el cartel que la intención de establecer esta garantía por todo el plazo de la concesión es buscar tutelar que durante el período de explotación se mantenga siempre vigente una garantía, sin que ello implique necesariamente, que el plazo de la vigencia de la misma deba ser igual al plazo de la

[189] Consejo Nacional de Concesiones, op.cit., p. 57.
[190] Ibid. art. 43.

explotación. Por esta razón manifiesta que se aceptará una garantía de un plazo mínimo de dos años, la cual deberá ser renovada y/o prorrogada por períodos iguales al menos treinta días hábiles antes del vencimiento de la misma durante todo el plazo de explotación de la concesión.[191]

La falta de constitución de esta garantía en tiempo y forma por parte del concesionario, se considerará falta grave.[192]

d) Garantías Ambientales

En cuanto a las garantías ambientales, la LGCOP establece que estas deben constituirse de acuerdo a lo estipulado por la Ley Orgánica del Ambiente, número 7554 de 4 de octubre de 1995. Asimismo, el RLGCOP manifiesta que la constitución, el monto y plazos de la garantía ambiental se regirán por lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ambiente anteriormente mencionada y su Reglamento.

La Ley Orgánica del Ambiente, por su parte, en su artículo 21 establece en relación con la garantía de cumplimiento, que en todos los casos de actividades, obras o proyectos sujetos a la evaluación de impacto ambiental, el organismo evaluador fijará el monto de la garantía de cumplimiento de las obligaciones ambientales que deberá rendir el interesado. Esta garantía será hasta del uno por ciento (1%) del monto de la inversión

[191] Consejo Nacional de Concesiones, op.cit., p. 58.
[192] Ibid.

cuando la actividad requiera construir infraestructura. En caso contrario, el porcentaje se fijará sobre el valor del terreno involucrado en el proyecto.

Asimismo establece este artículo que esta garantía de cumplimiento puede ser de dos tipos:

1) De cumplimiento durante el diseño y la ejecución del proyecto;
2) De funcionamiento para el período, que puede oscilar de cinco a diez años, dependiendo del impacto del proyecto y del riesgo de la población de sus alrededores.

La garantía de cumplimiento se mantendrá vigente durante la ejecución o la operación de la obra, la actividad o el proyecto y se revisará anualmente para ajustarla a los requerimientos de la protección ambiental.

Es importante señalar que las garantías contempladas en la LGCOP y en el RLGCOP son para la Administración y para la protección del interés público. Sin embargo esta lista no es taxativa, por lo tanto, es posible incluir en el contrato de concesión otro tipo de garantías tanto para la Administración Concedente como para los acreedores del proyecto.

La garantía de acuerdos directos es un ejemplo de lo anterior. Esta puede ser constituida como una cláusula dentro del contrato de concesión de obra o de servicio público para

asegurarle a las entidades financieras su derecho de recibir el pago de la deuda por parte del concesionario. Adicionalmente, las entidades financieras pueden firmar con el concesionario un contrato de garantía de acuerdos directos que sea complementario o anexo al contrato de financiamiento para efectos de poder hacer efectivo lo estipulado en el contrato de concesión.

En Costa Rica, el addendum al contrato de concesión de la carretera San José-Caldera incluye en su cláusula 8.12 la garantía de acuerdos directos para los acreedores. Ésta establece lo siguiente: "8.12 Atención de la deuda y participación de los acreedores: Salvo en los casos en que la extinción de la concesión obedezca a vencimiento del plazo pactado o que el Concesionario haya alcanzado el Valor Presente de los Ingresos por Peaje cotizado en su oferta, el acuerdo mutuo entre la Administración Concedente y el Concesionario, o la quiebra del Concesionario, la Administración Concedente notificará a los acreedores del Concesionario para que se presenten ante ésta con el objeto de proteger sus intereses. El cumplimiento de esta disposición estará subordinado a la obligación del Concesionario de informar y comprobar quienes son sus acreedores en relación estricta con el objeto de la concesión.

La Administración Concedente podrá autorizar sin necesidad de aprobación previa de la Contraloría General de la República la propuesta técnica, económica y administrativa de los acreedores tendiente a lograr que la construcción o explotación de la concesión pueda continuar temporalmente hasta que se logre una solución definitiva, al amparo del ordenamiento jurídico costarricense…

La Administración Concedente procurará en todo momento la continuidad del servicio, la protección de los derechos de los usuarios y de los acreedores. Para estos efectos iniciará los procedimientos legales tendientes a contratar a un nuevo concesionario que se haga cargo definitivamente de las obligaciones del anterior concesionario, incluyendo, hasta donde económicamente sea posible, las obligaciones con los acreedores.

Por su parte la Administración Concedente establecerá una junta de acreedores en la que estos puedan ser representados y en la que se escuche sus propuestas para la continuidad del negocio y los requisitos de selección del nuevo concesionario.".[193]

En este mismo sentido, el contrato de concesión San José-San Ramón, firmado el 30 de setiembre de 2004, regula la garantía de acuerdos directos en sus cláusulas 28.3.1.4.2 y 28.3.5, de la siguiente manera:

"28.3.1.4.2 Participación de los acreedores en caso de incumplimiento del Concesionario. La relación contractual con los acreedores es del concesionario y no de la Administración Concedente. No obstante lo anterior, la Administración reconoce la importancia de que los acreedores del Concesionario puedan intervenir en caso de incumplimiento grave de éste a los términos del contrato, en cuyo caso su intervención se regulará de conformidad con lo señalado en ésta y en la cláusula 28.3.5 del Contrato...".[194]

---

[193] Addendum al Contrato Concesión de la Carretera San José-Caldera suscrito entre el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa Concesiones Viales, S.A. el día 24 de junio de 2003, cláusula 8.12.

[194] Contrato de Concesión de la Carretera San José-San Ramón firmado el 30 de setiembre de 2004 por el presidente Abel Pacheco y los representantes del consorcio Autopistas del Valle, integrado por las firmas

La cláusula 28.3.5, por su parte, dispone: "28.3.5. Extinción de la Concesión frente a los acreedores[195]. El Concesionario será siempre el responsable frente a sus acreedores, pudiendo disponer libremente de las indemnizaciones que, en derecho y conforme los términos de este Contrato, le corresponde para garantizar las acreencias de sus acreedores.

La Administración Concedente, ni el Estado costarricense, serán responsables directos o indirectos de las obligaciones crediticias y deudas que contraiga el Concesionario. No obstante, la Administración Concedente entiende la importancia que tienen los acreedores para el éxito del Proyecto y considerará, en la medida de sus posibilidades legales, los intereses de los acreedores ante una eventual extinción del Contrato.

En los casos de extinción de la Concesión por un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, por resolución de la Concesión por incumplimiento del Concesionario –salvo el caso de la quiebra, que se regirá por los artículos 61 y 62 de la LCOP- o por medidas adoptadas por los Poderes del Estado o la Administración Concedente o incumplimiento grave de la Administración Concedente, se seguirá el siguiente procedimiento en procura de resguardar, hasta donde sea posible, los intereses de los acreedores.

---

españolas Concesiones Viales de Costa Rica e Itinere Costa Rica, la portuguesa Soares Da Costa Concesiones Costa Rica y la compañía costarricenses M&S Concesiones, cláusula 28.3.1.4.2.

[195] Modificado por el CNC en Sesión No 11-03 del 6 de agosto del 2003. Modificado nuevamente por el CNC en Sesión No 14-03 del 15 de octubre de 2003. Se solicita que lo que se conoce comúnmente con "Step-in-Right" de los acreedores debe ser regulado en el contrato. La Administración aclara que la cláusula 28.3.5 busca proteger los derechos de los acreedores de la mejor forma posible dentro de lo que permite nuestro ordenamiento jurídico. La Administración ha estado y continúa en la mejor disposición de considerar las observaciones de los posibles oferentes en lo que a este aspecto se refiere, cláusula 28.3.5.

Previo al inicio del procedimiento administrativo correspondiente para la resolución del Contrato o resuelta la extinción de la Concesión por las causas establecidas en este apartado, y en caso de que el Concesionario no lo hubiere hecho, la Administración Concedente notificará a los Acreedores del Concesionario, de conformidad con la cláusula 28.3.1.4.2, para que se presenten ante ésta con el objeto de proteger sus intereses, si es que no lo hubieren hecho antes.

En caso de suspensión o extinción de la concesión, la Administración Concedente tomará posesión de la Concesión y nombrará de inmediato un interventor provisional, debidamente calificado, para que administre y explote la Concesión. El comité de Acreedores podrá hacer sugerencias a la Administración, quien formalmente deberá considerarlas y responderlas con su correspondiente motivación, aunque las mismas no resulten vinculantes para ella...".[196]

La redacción de estos dos contratos refleja que en Costa Rica es permitida la inclusión de cláusulas de garantía de acuerdos directos en contratos de concesión de obra pública o de servicio público con el fin de proteger los intereses de los acreedores y de evitar la terminación del proyecto. Si bien el contrato de la carretera San José-San Ramón aun no ha sido refrendado por la Contraloría General de la República, este, al igual que el addendum al contrato de la carretera San José-Caldera, demuestra el criterio reiterado de

[196] Contrato de Concesión de la Carretera San José-San Ramón firmado el 30 de setiembre de 2004 por el presidente Abel Pacheco y los representantes del consorcio Autopistas del Valle, integrado por las firmas españolas Concesiones Viales de Costa Rica e Itinere Costa Rica, la portuguesa Soares Da Costa Concesiones Costa Rica y la compañía costarricenses M&S Concesiones, cláusula 28.3.5.

la Administración Concedente de incluir otro tipo de garantías adicionales a las contempladas por la LGCOP y el RLGCOP, como es la garantía de acuerdos directos.

Sección II: Aplicación de la garantía de acuerdos directos en contratos de concesión de obra pública en Costa Rica

Del análisis hecho en este título y habiendo determinado que las garantías contempladas en la LGCOP y su reglamento son para la Administración, que la garantía de acuerdos directos es para las entidades financieras y que ésta se documenta como un contrato complementario o anexo al de financiamiento o como una cláusula dentro del contrato de concesión de obra o de servicio público y habiendo probado además que la cesión de contratos de concesión de obras públicas está autorizada por el ordenamiento jurídico costarricense, se puede concluir que efectivamente la garantía de acuerdos directos es aplicable en contratos de financiamiento de proyectos de concesión de obra o de servicios públicos.

La cesión de contratos de concesión está autorizada y regulada por el ordenamiento jurídico costarricense. De esta manera es posible afirmar que, con base en las características que tiene la garantía de acuerdos directos y por los requerimientos que tiene nuestra normativa, las entidades financieras pueden protegerse a través de ésta siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico y tomen en cuenta que hay un contrato principal, cual es el de concesión de obra o de

servicio público, que deben revisar y cumplir en caso de subrogarse los derechos del concesionario o de sustituirlo.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada se concluye que efectivamente la garantía de acuerdos directos bajo el modelo del financiamiento de proyectos es aplicable en Costa Rica en contratos de concesión de obras o servicios públicos por las siguientes razones:

- Los acuerdos directos son un tipo de garantía utilizada en el FP por medio de los cuales las entidades financieras se aseguran o reservan el derecho de subrogarse en la posición de la sociedad anónima nacional o de designar a un tercero que la sustituya, en el caso de incumplimientos contractuales.

- La garantía de acuerdos directos puede ser documentada a través de un contrato complementario o anexo al contrato de financiamiento que al mismo tiempo sería un contrato complementario al contrato de concesión de obra o de servicio público o a través de una cláusula dentro del mismo contrato de concesión de obra o de servicio público.

Por lo anterior, para que ésta sea ejecutable, es necesario que el contrato de garantía prevea lo estipulado en el contrato de financiamiento, y, principalmente, las condiciones establecidas en el contrato de concesión y en el ordenamiento jurídico del país donde se realizará la obra o donde se explotará el servicio. Para poder las entidades financieras subrogarse los derechos del concesionario o sustituirlo, deberán analizar primero si la cesión de este tipo de contratos está autorizada. Si esto fuera posible, una vez que el

prestamista ejerza sus derechos de subrogación o de sustitución deberá tomar en cuenta que debe de cumplir con lo establecido en el contrato principal, cual es el contrato de concesión de obra o de servicio público.

- El modelo de financiamiento denominado financiamiento de proyectos o "project finance" consiste en el levantamiento de deuda a largo plazo para proyectos de gran envergadura a través de "ingeniería financiera", basada en un préstamo contra el flujo de capital generado por el mismo proyecto.

- Este modelo tiene una estructura financiera "non-recourse" en donde los socios del proyecto no otorgan garantías sobre lo prestado, o "limited recourse" en donde éstos otorgan garantías limitadas.

El financiamiento de proyectos tiene características muy especiales y atractivas tanto para los inversionistas y prestamistas como para los promotores o accionistas del proyecto que lo convierten en una opción para lograr el desarrollo exitoso de proyectos de concesión de obra pública en nuestro país.

Si bien efectivamente es una buena solución para financiar proyectos de gran envergadura como las concesiones, no se puede dejar de lado el hecho de que éste trae consigo una cantidad de riesgos importantes que, aunados con el largo plazo que generalmente se otorga para que la deuda sea pagada, generan mayores costos e incertidumbre entre las partes. Por esta razón, una distribución adecuada de los riesgos y

la constitución de garantías solidarias sólidas que aseguren sus intereses y que les permitan fortalecer su posición y adquirir el control del proyecto en caso de incumplimiento por parte de la SVP o los promotores o accionistas resultan indispensables.

En la garantía de acuerdos directos las entidades financieras han encontrado la habilidad de superar la terminación del proyecto y proveer un concesionario alternativo que les brinde una seguridad adicional contra el incumplimiento por parte del concesionario. Adicionalmente, éstas pueden cobrar las cantidades adeudadas por la SVP sin necesidad de iniciar una acción de reclamación de deudas como acreedores ordinarios.

- La concesión de obra pública es el contrato administrativo por el cual la Administración Pública, entendida ésta como el Poder Ejecutivo, las empresas públicas y el sector descentralizado territorial e institucional, concede a un tercero el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, planificación, financiamiento, construcción, conservación, ampliación o reparación de un bien inmueble público, a cambio de la explotación del mismo por un tiempo determinado, por medio de la cual recibirá contraprestaciones cobradas a los usuarios o contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.

- La concesión de obra pública con servicio público es un contrato administrativo similar al de obra pública, sin embargo, en éste lo que se concede, principalmente, es la prestación de un servicio público.

La diferencia entre un contrato de concesión de obra pública y uno de obra pública con servicio público radica en su objeto. En la primera, la obligación principal del concesionario es la construcción de una obra pública a cambio de la explotación de la misma por un tiempo determinado. En el contrato de concesión de obra pública con servicio público se concede la construcción de la obra como algo instrumental, accesorio al objetivo principal cual es la realización de una actividad de interés público.

- La normativa que rige actualmente la materia de concesión de obra pública en Costa Rica es la Constitución Política, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, el Reglamento a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, la Ley General de la Administración Pública y la Ley de la Contratación Administrativa.

- Una de las características principales del contrato de concesión de obra pública es que es *intuitu personae*. La Administración concedente escoge al concesionario en virtud de su capacidad técnica, económica y profesional. El concesionario debe cumplir con lo estipulado contractualmente por su cuenta y riesgo. Por esta razón, el contrato solo puede ser transferido o cedido si se cumplen las condiciones estipuladas por el ordenamiento jurídico aplicable.

En razón de la característica *intuitu personae* que tienen los contratos de concesión de obra o de servicio público es que la entidad financiera a la hora de ejecutar la garantía de acuerdos directos, debe someterse al estudio de la Administración concedente y, cuando sea necesario, al de la Contraloría General de la República (cuando se ceda más del 50 por ciento del capital de la SPV) para que se determine si éstas o el cesionario que hayan nombrado al efecto cumplen con las características requeridas en el cartel de licitación y en el contrato de concesión.

- La cesión de contratos de concesión de obra pública y de obra con servicios públicos está autorizada y regulada por el ordenamiento jurídico costarricense. La LGCOP, el RLGCOP, la LCA, la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, han sido coincidentes en afirmar que efectivamente la cesión de contratos de concesión de obra pública es permitida en Costa Rica.

- Esta cesión es permitida en Costa Rica en casos excepcionales de fuerza mayor o de caso fortuito, siempre que no se violen los principios constitucionales de la contratación administrativa, previa autorización de la Administración concedente y con la autorización adicional de la Contraloría General de la República cuando se ceda más del cincuenta por ciento (50%) del capital social de la sociedad concesionaria.

Por las características que tiene la garantía de acuerdos directos se concluye que la cesión del contrato es una de las situaciones que la ejecución de ésta provocará.

Al estar la cesión de contratos de concesión de obras o de servicios públicos autorizada en el ordenamiento jurídico costarricense resulta aplicable la garantía de acuerdos directos en contratos de financiamiento de proyectos de concesión de obra o de servicios públicos siempre y cuando las entidades financieras y el cesionario cumplan con los requisitos estipulados por el contrato de concesión y por nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BARBIER (Eduardo Antonio), Contratación Bancaria 2 Empresas, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2002.

BERÇAITZ (Miguel Angel), Teoría General de los Contratos Administrativos, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, 679 p.

BRENES CÓRDOBA (Alberto), Tratado de las Obligaciones, Editorial Juricentro, 1998, 322 p.

CHANCE (Clifford), *Project finance*, Londres, IFR Books, 1991, p.3.

COMISIÓN DE DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS (UNCITRAL), *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, Estados Unidos de América, Nueva York, Naciones Unidas, 1988, 346 p.

DIEZ (Manuel María), Derecho Administrativo, Tomo III, p.293.

DROMI (Roberto), Derecho Administrativo, Argentina, Buenos Aires, Ciudad de Argentina, 1998, 1237 p.

EMBID IRUJO (Antonio), COLOM PIAZUELO (Eloy), Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, España, Navarra, Editorial Aranzadi, 2003, 404 p.

ESCOLA (Héctor), Compendio de Derecho Administrativo, Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, Volumen II, 1984, 1292 p.

ESCOLA (Héctor Jorge), Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen II.

FINNERTY (John D.), *Project Financing. Asset – Based Financial Engineering*, Nueva York, Estados Unidos de América, John Wiley & Sons, Inc., 1996, 384 p.

GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), FERNANDEZ (T.R.), Curso de Derecho Administrativo, Civitas Madrid, 1984, p. 667.

GERSCOVICH (Carlos G.), TAVARONE (Marcelo R.) Financiación de Proyectos – Project Finance –, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, 229 p.

JÈZE (Gastón), Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo IV, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1950, pp. 203 y 204.

HOFFMAN (Scott L.), *A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations*, 45 Bus. Law. 181 n.1., 1989.

HOFFMAN (Scott L.), *The Law and Business of International Project Finance*, Kluwer Law International, Holanda. La Haya, 1998, 719 p.

JÈZE (Gastón), Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo IV, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1950, pp. 203 y 204.

LEVY (Sydney M.), *Build Operate Transfer, Paving the Way for Tomorrow Infrastructure*, John Wiley & Sons, Inc., Estados Unidos de América, Nueva York, 1996, 411 p.

MENDEZ RAMÍREZ (Odilón), La Investigación Científica, Costa Rica, San José, Editorial Juricentro, 1984, 154 p.

MERTEHIKIAN (Eduardo), La Iniciativa Privada en la Concesión de Obra y de Servicios Públicos, Argentina, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1992, 196 p.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, TRANSPORTES VIVIENDA, DIRECCIÓN DE ASUNTOS ECONÓMICOS E INTERNACIONALES, Financiamiento de Infraestructuras y Servicios Colectivos, Francia, París, Presses de l'ecole nationale des Ponts et chaussées, 2001, 387 p.

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN NACIONAL Y POLITICA ECONÓMICA, GOBIERNO DE COSTA RICA, No era Pecado... La Contratación Privada para la Renovación del Estado, Costa Rica, San José, MIDEPLAN, 1998, 469 p.

MÓ (Fernando), Régimen Legal de las Obras Públicas, Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2° edición, 1982, p. 182.

PAOLANTONIO (Martín E.), Operaciones Financieras Internacionales, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1997, p.263.

PÉREZ HUALDE (Alejandro), El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, 89 p.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Contratos Northern Railway Co: Resumen de Conceptos, Costa Rica, 1883, 261 p.

ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), Contratación Pública, Costa Rica, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003, 276 p.

ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), Contratos y Aeropuertos, El Negocio del Aeropuerto Juan Santamaría, la Sala Constitucional y la Contratación Administrativa, Costa Rica, San José, Ediciones Lux, 1999, 92 p.

ROMERO PÉREZ (Jorge Enrique), Derecho Administrativo Especial, Contratación Administrativa, Costa Rica, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2002, 249 p.

ROSALES POSAS (Ramón), Formulación y Evaluación de Proyectos, Costa Rica, San José, Instituto Centroamericano de Administración Pública – ICAP, 2000, 217 p.

RUFIÁN LIZANA (Dolores M.), Manual de Concesiones de Obras Públicas, Chile, Fondo de Cultura Económica Chile, S.A., 1999, 359 p.

TAWIL (Guido S.), Servicio Público: ¿eficacia o desgobierno? (A propósito de privilegios, tarifas, atención al público y otros problemas presentes en el proceso de transformación del Estado), "L.L.", 1991-C-652; Farrando (h.), Sarmiento García y otros, Los servicios públicos, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 63, n. 1.

VAÑÓ VAÑÓ (María José), El Contrato de "Project Finance", Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2002, 390 p.

WOOD, R. (Philip), *Project Finance, Subordinated Debt and State Loans*, Londres, Reino Unido, Sweet & Maxwell, 1995, p. 3

YESCOMBE (E.R.), *Principles of Project Finance*, Londres, Reino Unido, Academic Press, 2002, 344 p.

ENCICLOPEDIAS

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

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

REVISTAS

ORTIZ ORTIZ (Eduardo), Aspectos Legales de las Concesiones Ferrocarrileras, Revista de Ciencias Jurídicas número 27, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, Setiembre-Diciembre, 1975, p.179.

ARTÍCULOS

BANCO MUNDIAL, "Concessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award", World Bank Technical Paper No. 399, Finance, Private Sector and Infrastructure Network, Banco Mundial, Washington, D.C., 1998.

BENOIT (Philippe), "*The World Bank Group's Financial Instruments for Infrastructure, Public Policy for the Private Sector*" The World Bank Group, nota número uno, enero de 1997, Departamento de Desarrollo del Sector Privado, Vicepresidencia de Finanzas del Departamento de Desarrollo del Sector Privado.

BENOIT (Philippe), *Project Finance at the World Bank. An Overview of Policies and Instruments.* World Bank Technical Paper No. 312 (Reporte Técnico del Banco Mundial No. 312), 1996. The International Bank for Reconstruction and Development (Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo).

NASSAR (Nagla), "Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective", Escuela de Derecho de la Universidad de Fordham, Periódico Internacional de Derecho de Fordham, 2000.

TESIS

ALVARADO ACEVEDO (Gabriela), CAMPOS ROJAS (Sylene), FEOLI SOTO (Giorgianna), El Modelo de Construcción, Operación y Transferencia de Proyectos en Áreas Específicas como una Alternativa de Desarrollo en el Sector Privado, Tesis para optar por el grado de Licenciadas en Finanzas, Escuela de Administración de Negocios, Universidad de Costa Rica, 1998.

BENAVIDES VÍQUEZ (Adriana), Concesión de Obras Públicas con Servicio Público, Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2000, 203 p.

GONZÁLEZ AGUILUZ (Daniel), La Red Contractual del Comercio Internacional, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1989.

MUÑOZ HERRERA (Daniel Eduardo), Viabilidad Jurídica de la Implementación de un BOT en el Sector Energía en Costa Rica, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho, 2000.

SABORÍO CARRILLO (José Antonio), El Contrato de Concesión de Obra Pública, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994.

SEMINARIOS

Seminario titulado El Financiamiento Estructurado de Proyectos de Infraestructura Pública organizado por el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, San José, 17 de junio de 2004.

Seminario titulado Actualización jurisprudencial en contratación administrativa, impartido por el M.Sc. Christian E. Campos Monge en el Colegio de Abogados los días 24 de setiembre y 1 y 8 de octubre de 2003.

ENTREVISTAS

Entrevista a la máster Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Entrevista al máster Claudio J. Donato M., abogado especialista en Derecho Administrativo.

PERIÓDICOS

La Gaceta

Diario Oficial La Gaceta número 169, San José, viernes 6 de setiembre de 1991, p.1.

La Nación

Burocracia causa inseguridad a inversión, 30 de noviembre de 2003.

La Prensa Libre

Refrendan contrato de vía San José-Caldera, 9 de agosto de 2003.

La República

Carretera a Caldera arrancará en mayo, 9 de agosto de 2003.

Sistema de concesiones con segundo aire, 16 de agosto de 2003.

Inicio de año ambicioso en construcción vial, 12 de enero de 2004.

Sube costo de vía a San Ramón, 21 de enero de 2004.

DICCIONARIOS

ROSENBERG (J.M.), Diccionario de Administración y Finanzas, Grupo Editorial Océano, Barcelona, España.

OTROS

Addendum al Contrato de Concesión de la Carretera San José-Caldera suscrito entre el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa Concesiones Viales, S.A. el día 24 de junio de 2003.

Comisión de Derecho Comercial Internacional de las Naciones Unidas (UNCITRAL), "Privately Financed Infrastructure Projects. Draft Chapters of a Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. Report of the Secretary-General. Addendum. Chapter V", sesión 32, Vienna, Austria, del 17 de mayo al 4 de junio de 1999.

Consejo Nacional de Concesiones, Cartel de Licitación Concesión de Obra con Servicio Público de la Carretera San José-Caldera, Licitación Pública Internacional número 01-98 con precalificación de empresas, República de Costa Rica, Octubre 2000.

Contrato de Concesión de la Carretera San José-San Ramón firmado el 30 de setiembre de 2004 por el presidente Abel Pacheco y los representantes del consorcio Autopistas del Valle, integrado por las firmas españolas Concesiones Viales de Costa Rica e Itinere Costa Rica, la portuguesa Soares Da Costa Concesiones Costa Rica y la compañía costarricenses M&S Concesiones.

http://www.mopt.go.cr/cnc/proyectos/index.html

http://www.mopt.go.cr/cnc/proyectos/san josé-calder.html.

http://badellgrau.com/opiregconc.html. BADELL MADRID (Rafael), Régimen Jurídico de las Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos, Venezuela.

LEGISLACIÓN

Código Civil, ley número 30 de 19 de abril de 1886, que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 1888, mediante ley número 63 de 28 de setiembe de 1887 y sus reformas mediante ley número 7020 de 6 de enero de 1986.

Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.

Decreto Nº 900, Ministerio de Obras Públicas de Chile, publicado en el Diario Oficial chileno de 18 de Diciembre de 1996, arts. 9 y 21.

Ley de la Administración Financiera número 1279 del 2 de mayo de 1951.

Ley de Concesiones, Decreto Nº 319, 17 de septiembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999, art. 35.

Ley de Contratación Administrativa número 7494 de 2 de mayo de 1995, publicada en la Gaceta número 62 de 8 de junio de 1995.

Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos número 7762 de 14 de abril de 1998, publicada en el alcance número 17 a la Gaceta 98 de 22 de mayo de 1998.

Reglamento a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Decreto Ejecutivo número 27098-MOPT del 12 de junio de 1998, publicado en el alcance número 27 a la Gaceta número 115 de 16 de junio de 1998.

Reglamento de la Contratación Administrativa número 7576-H, del 23 de setiembre de 1977, publicado en el Alcance número 53 a La Gaceta número 202 del 26 de octubre de 1977.

Reglamento General de Contratación Administrativa, publicado en la Gaceta número 62 de 28 de marzo de 1996.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional

Voto número 37892-92 de las 12 horas del 27 de noviembre de 1992.

Voto número 5403-95 de las 16 horas 6 minutos del 3 de octubre de 1995.

Voto número 0998-98 de las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998.

Voto número 5431-02 de las 14 horas 30 minutos del 4 de junio de 2002.

Procuraduría General de la República

Oficio No. C-243-2000, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 3 de octubre de 2000.

Opinión jurídica No. OJ-067-2003, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 25 de abril de 2003.

Contraloría General de la República

Oficio N° 012445 de 29 de octubre de 1999, DAJ-2172, dirigido a Guillermo Constenla Umaña, Diputado.

Oficio N° 6171 de 21 de junio de 2000, DAGJ-932-2000, dirigido a André Garnier K., Secretario Técnico a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 8957 de 1 de setiembre de 2000, DAGJ 2250-2000, dirigido a Olman Elizondo Morales, Secretario Técnico a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 01877 de 22 de febrero de 2002, DI-AA-516, dirigido a Ricardo Cordero V., Viceministro de Obras Públicas y Secretario Técnico a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 01885 de 25 de febrero de 2002, DI-AA-517, dirigido a Alejandro Acosta Mora, Apoderado Generalísimo de Industrias ACOSOL, S.A.

Oficio N° 08619 de 7 de agosto de 2003, DI-AA-1929, dirigido a Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 10556 de 23 de setiembre de 2003, DI-AA-2343, dirigido a Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 01567 de 16 de febrero de 2004, DI-AA-0362, dirigido a Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 08545 de 27 de julio de 2004, DI-AA-1613, dirigido a Alejandro Molina S., Director, División de Ejecución de Proyectos del Consejo Nacional de Concesiones.

Oficio N° 08899 de 9 de agosto de 2004, DI-AA-1679, dirigido a Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones.