

**Universidad de Costa Rica**

**Facultad de Derecho**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN PARA OPTAR POR EL GRADO DE  
LICENCIATURA EN DERECHO

***LOS FIDEICOMISOS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA  
EN EL SECTOR PÚBLICO: UN DESAFÍO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO  
PARA EL ESTADO COSTARRICENSE***

Vivian Susana Navarro Sánchez

A43761

Carolina Roldán Castillo

A44677

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica

2013



02 de setiembre del 2013  
 FD-AI-1142-13

Doctor  
 Daniel Gadea Nieto  
 Decano  
 Facultad de Derecho

X

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): Carolina Roldán Castillo, carné A44677 y Vivian Susana Navarro Sánchez, carné A43761, denominado: "Los fideicomisos para el desarrollo de infraestructura en el sector público. Un desafío jurídico-administrativo para el estado costarricense", fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo aprueba en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (os) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

**Tribunal Examinador**

- Informante: Lic. Carlos Estrada Navas
- Presidente: MSc. María Vinocour Fornier
- Secretaria (a): MSc. Iván Salas Leitón
- Miembro: Lic. Deiby Gutiérrez Alencio
- Miembro: MSc. William Bolaños Gamboa

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 20 de setiembre del 2013, a las 06:00 pm, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5º Piso de la Facultad de Derecho, Sede de Rodrigo Facio.

Dr. Olivier René Gadea Nieto  
 DIRECTOR a.i.

San José, 18 de Agosto del 2013.-

Dr. Andrés Montejo Morales  
Director Área de Investigación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

Estimado don Andrés:

Luego de haber discutido, revisado y corregido el Trabajo Final de Graduación de los postulantes Carolina Roldán Castillo, carnet universitario A44677 y Vivian Susana Navarro Sánchez, carnet universitario A43761, titulado "Los Fideicomisos para el Desarrollo de Infraestructura en el Sector Público. Un desafío jurídico administrativo para el Estado costarricense", considero que cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por la normativa de la Facultad de Derecho y de la Universidad de Costa Rica.

El trabajo presenta abundante información relevante del tema sistematizada de manera útil para los operadores jurídicos de nuestra comunidad jurídica, por lo cual la concebido como un importante punto de partida para futuras investigaciones en la materia. Asimismo, el tema es de gran actualidad para nuestro Estado y muy especialmente para la Facultad de Derecho de que formamos parte, dado que mediante el instrumento jurídico que se investiga en esta tesis, se espera que próximamente se realice una inversión de gran impacto en la planta física de nuestra Institución.

Por ello, he decidido, en mi calidad de Director de este trabajo de investigación, impartirle mi aprobación para que sea expuesto y defendido por las sustentantes ante el Tribunal examinador que oportunamente se designe al efecto.

Sin otro particular, con toda consideración, se suscribe

  
Lic. Carlos Estrada Navas  
Director

CMJN/mpm  
c.c. arch

San José, 29 de agosto del 2013.

**Dr. Andrés Montejo Morales**  
**Director Área De Investigación**  
**Facultad De Derecho**  
**Universidad De Costa Rica**

Estimado Señor:

Previo un saludo respetuoso, me permito hacer de su conocimiento que procedí a leer la tesis de las estudiantes Vivian Susana Navarro Sánchez y Carolina Roldán Castillo, titulada *"Los fideicomisos para el desarrollo de infraestructura en el sector público. Un desafío jurídico – administrativo para el Estado costarricense"*, para optar por el grado académico de licenciatura en derecho.

Considero que la misma cumple satisfactoriamente los requisitos de forma y académicos correspondientes para optar por el título de licenciadas en derecho, y de este modo le otorgo la aprobación para continuar con la etapa de la réplica.

Sin otro particular,

Atentamente:



**M.D.P. José Iván Salas Leitón**

**Lector de Tesis**

San José, 29 de agosto del 2013.

**Dr. Andrés Montejo Morales**

**Director Área De Investigación**

**Facultad De Derecho**

**Universidad De Costa Rica**

**Estimado Señor:**

Previo un saludo respetuoso, me permito hacer de su conocimiento que procedí a leer la tesis de las estudiantes Vivian Susana Navarro Sánchez y Carolina Roldán Castillo, titulada *"Los fideicomisos para el desarrollo de infraestructura en el sector público. Un desafío jurídico – administrativo para el Estado costarricense"*, para optar por el grado académico de licenciatura en derecho.

Considero que la misma cumple satisfactoriamente los requisitos de forma y académicos correspondientes para optar por el título de licenciadas en derecho, y de este modo le otorgo la aprobación para continuar con la etapa de la réplica.

Sin otro particular,

Atentamente:



MSc. Marta María Vinocour Fornieri.

Lectora de Tesis



*M. L. Vilma Isabel Sánchez Castro*  
*Bachiller y Licenciada en Filología Española U.C.R.*  
*Inscripción tributaria #1639004681677*

### A QUIEN INTERESE

Yo, Vilma Isabel Sánchez Castro, Máster en Literatura Latinoamericana, Bachiller y Licenciada en Filología Española, de la Universidad de Costa Rica, con cédula de identidad 6-054-080; inscrita en el Colegio de Licenciados y Profesores, con el carné N° 003671, hago constar que he revisado el trabajo de graduación. Y he corregido en él los errores encontrados en ortografía, redacción, gramática y sintaxis. El cual se intitula

**LOS FIDEICOMISOS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA EN EL  
SECTOR PÚBLICO: UN DESAFÍO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO PARA EL  
ESTADO COSTARRICENSE**

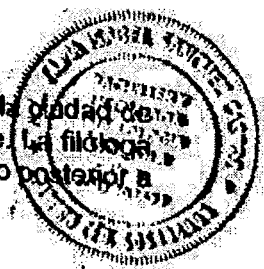
DE

**VIVIAN SUSANA NAVARRO SÁNCHEZ  
CAROLINA ROLDÁN CASTILLO**

**LICENCIATURA EN DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Se extiende la presente certificación a solicitud de las interesadas, en la ciudad de San José a los diecinueve días del mes de setiembre de dos mil trece. La filóloga no se hace responsable de los cambios que se le introduzcan al trabajo posterior a su revisión y que no estén contemplados en el Cd de respaldo.

*Vilma Isabel Sánchez Castro*



Teléfonos 2227-8513 fax 2286-3954. Cel 8994-76-93  
[www.mavilsacr.com](http://www.mavilsacr.com) - [isa@mavilsacr.com](mailto:isa@mavilsacr.com) - [vilma\\_sanchez@hotmail.com](mailto:vilma_sanchez@hotmail.com)

## **DEDICATORIA**

*“Dedico este logro a mi familia, que siempre ha estado y estará ahí para apoyarme: Papi y Mami, han sido los mejores padres del mundo, todos sus esfuerzos y luchas hoy se reflejan en sus frutos, nosotras sus hijas que cada día nos encaminamos hacia el éxito construido previamente por ustedes. Ivo y Adri mis amigas, consejeras, mi apoyo, gracias por su lealtad y amor incondicional. Alonso y Andrés, son la alegría de mi vida, mi motivación, y me dieron fuerzas esperando tan ansiosos el final de esta tesis. Minor, para mí siempre serás tan especial como mi familia, sin ti esta tesis no existiría.”*

***Carolina Roldán Castillo***

*“Dedico este logro a Dios, quien me ha dado la fortaleza, guía, sabiduría y salud para culminar exitosamente esta etapa de mi vida.*

*A mis padres y a mi tía-madrina, los cuales me han apoyado incondicionalmente en el transcurso de la carrera y de mi vida.”*

***Vivian Susana Navarro Sánchez***

## AGRADECIMIENTOS

*Agradezco primero que todo a Dios por este logro.*

*A mis padres por hacer de mí quien soy.*

*A mis hermanas y primas por el apoyo.*

*A mis amigos y amigas por alentarme siempre.*

*A los Profesores: Minor Salas, por colaborar en la investigación transmitiéndonos su conocimiento en el tema, Carlos Estrada, por ser nuestro director y guiarnos en el avance del proyecto, Marta Vinocour e Iván Salas por tomar su tiempo y estudiar nuestro trabajo de investigación y brindarnos valiosas observaciones y a Deiby Gutiérrez, por su apoyo, disposición y colaboración.*

*A mi compañera Vivian por emprender este camino a mi lado.*

**Carolina Roldán Castillo**

*Agradezco inmensamente a Dios, por las bendiciones que me ha dado y me sigue dando a lo largo de mi vida.*

*Agradezco a mis padres, por el amor, paciencia y apoyo que me brindaron para seguir adelante.*

*A mi tía-madrina, por el amor, apoyo y consejos que me impulsaron a conseguir este logro.*

*A mis hermanos y hermana, por su compañía.*

*A mis amigos y amigas, por el apoyo, motivación y cariño.*

*A los profesores Carlos Estrada, Marta Vinocour e Iván Salas, los cuales aceptaron y acompañaron, el emprendimiento de este trabajo, que llega a su fin.*

*A Deiby Gutierréz, por su disposición y colaboración.*

*A mi compañera Carolina, por el todo el esfuerzo, dedicación y comprensión brindada durante este largo proceso de lleno de altibajos, que culminan con éxito.*

**Vivian Susana Navarro Sánchez**



**“El problema fundamental que han enfrentado los Fideicomisos utilizados para la inversión en la infraestructura pública ha sido la ignorancia”.\***

**Minor E. Salas.**

# TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA .....	i
AGRADECIMIENTOS .....	ii
TABLA DE ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNICOS.....	vi
RESUMEN .....	viii
FICHA BILIOGRÁFICA.....	x
INTRODUCCIÓN Y PRESENTACIÓN DEL TEMA .....	1
Justificación.....	1
Objetivo General:.....	4
Objetivos Específicos:.....	5
Hipótesis.....	5
Metodología.....	7
Estructura de la Investigación .....	7
TÍTULO I. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	9
Capítulo I: Fideicomiso como contrato típico del derecho privado .....	9
<i>Sección I: Antecedentes del Fideicomiso</i> .....	9
<i>Sección II: Concepto y Definición</i> .....	11
<i>Sección III: Características del Fideicomiso</i> .....	12
<i>Sección IV: Elementos del Fideicomiso</i> .....	13
<i>Sección V: Derechos y Obligaciones de las Partes</i> .....	15
<i>Sección VI: Clases de Fideicomiso Típicos (Código de Comercio)</i> .....	18
<i>Sección VII: Causas de Extinción del Fideicomiso</i> .....	21
Capítulo II: La Administración Pública y su problemática en materia de infraestructura.....	22
<i>Sección I: Presentación del problema y mención de ejemplos específicos</i> .....	23
<i>Sección II. Definición de Administración Pública</i> .....	34

<i>Sección III: Organización de la Administración Pública</i> .....	35
<i>Sección IV: Descentralización y Autonomía de los Entes Públicos</i> .....	37
<i>Sección V: Bienes de Dominio Público</i> .....	41
<i>Sección VI: Contrato de Concesión de Obra Pública como procedimiento de contratación administrativa tradicional para la inversión en infraestructura pública</i> .....	47
<b>TÍTULO II. INCURSIÓN DEL FIDEICOMISO EN COSTA RICA COMO INSTRUMENTO PARA EL FINANCIAMIENTOS DEL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA. MODALIDADES DE FIDEICOMISO.</b> ....	62
<b>Capítulo I: Fideicomiso de Titularización en Costa Rica.</b> ....	63
<i>Sección I: Concepto de Titularización</i> .....	63
<i>Sección II: Participantes del proceso de Titularización</i> .....	64
<i>Sección III: Requisitos para la inscripción de fideicomisos de titularización</i> .....	66
<i>Sección IV: Consideraciones varias sobre los Fideicomisos de Titularización</i> ....	67
<i>Sección V. Aplicación del Fideicomiso de Titularización en Costa Rica por parte del ICE (un ejemplo práctico).</i> .....	70
<i>Sección VI: Historia de una muerte anunciada, o de la crisis de la titularización en Costa Rica y la posición crítica de la SUGEVAL</i> .....	77
<b>Capítulo II. Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública (FIDOP)</b> ....	81
<i>Sección I: Antecedentes del surgimiento del FIDOP en Costa Rica como figura típica del Derecho Costarricense</i> .....	81
<i>Sección II: Requisitos para la ejecución de un FIDOP. Análisis normativo</i> .....	114
<i>Sección III: Presente y futuro del FIDOP en Costa Rica</i> .....	134
<b>Capítulo III: Fideicomiso sui géneris de nuestro Ordenamiento Jurídico</b> .....	142
<i>Sección I: ¿Se puede hablar de fideicomisos sui generis en nuestro país? Una discusión</i> .....	142
<i>Sección II: El Fideicomiso de la Universidad de Costa Rica.</i> .....	150
<b>ANEXO I: Un modelo de contrato de cesión de derecho de uso.</b> .....	162
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	170

## **TABLA DE ABREVIATURAS, SIGLAS Y ACRÓNICOS.**

- **AyA:** Acueductos y Alcantarillados.
- **BCIE:** Banco Centroamericano de Integración Económica.
- **BID:** Banco Interamericano de Desarrollo.
- **CCSS:** Caja Costarricense del Seguro Social.
- **CFIA:** Colegios Federado de Ingenieros y Arquitectos.
- **Código Municipal:** Ley N° 7794 del 30 de abril de 1998, Código Municipal.
- **CNC:** Consejo Nacional de Concesiones.
- **CNE:** Comisión Nacional de Emergencias.
- **CNFL:** Compañía Nacional de Fuerza y Luz.
- **CONASSIF:** Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero.
- **CONAVI:** Consejo Nacional de Vialidad.
- **ICE:** Instituto Costarricense de Electricidad.
- **IFAM:** Instituto de Fomento y Asesoría Municipal.
- **INFOCOOP:** Instituto Nacional de Fomento Cooperativo.
- **LANAMME:** Laboratorio Nacional de Modelos y Materiales Estructurales.
- **Ley de Concesión de Obras Públicas:** Ley N° 7762 del 14 de abril de 1998.
- **Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.**
- **Ley Reguladora de los Servicios Públicos:** Ley N° 7593 del 9 de agosto de 1996.
- **Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.**
- **Ley Reguladora del Mercado de Valores:** Ley N° 7732 del 17 de diciembre de 1997, Ley Reguladora del Mercado de Valores.
- **MIDEPLAN:** Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica.
- **MOPT:** Ministerio de Obras Públicas y Transportes.
- **PGR:** Procuraduría General de la República.
- **RCOP:** Reglamento de Concesión de Obras Públicas: Decreto Ejecutivo N. 27098 del 12 de julio de 1998, Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.
- **RESOFO:** Reglamento sobre Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión.

- **ROPV: Reglamento de Oferta Pública de Valores: Reglamento de Oferta Pública de Valores, aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante el artículo 11 del acta de la sesión 571-2006 del 20 de abril del 2006. San José, Costa Rica.**
- **SAFI: Sociedad Administradora de Fideicomisos.**
- **SUGEF: Superintendencia General de Entidades Financiera.**
- **SUGEVAL: Superintendencia General de Valores.**
- **SUTEL: Superintendencia General de Telecomunicaciones.**
- **UCR: Universidad de Costa Rica.**
- **UNED: Universidad Estatal a Distancia.**

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación es un estudio crítico sobre la figura de los fideicomisos, tal y como estos se aplican desde hace algunos años en Costa Rica, para la construcción de obra pública por parte del Estado. Se examinan los mecanismos tradicionales (ejemplo, la concesión de obra pública) que se han utilizado por parte de la administración estatal para levantar obras de carácter público, evaluando críticamente su rendimiento y alcance.

Luego, se contraponen las ventajas y desventajas que tienen los fideicomisos a esos mecanismos tradicionales para ver si ellos representan una opción verdaderamente viable de construcción de infraestructura en el Estado costarricense. En el marco del análisis efectuado, se examinan ejemplos concretos de fideicomisos con el objetivo de ilustrar cómo se han utilizado en nuestro país. Igualmente, se hace un estudio detallado de la evolución normativa que han seguido los fideicomisos en Costa Rica, pasando desde los primeros fideicomisos de titularización (ejemplo, los utilizados por el Instituto Costarricense de Electricidad) que se emplearon en nuestro ordenamiento jurídico hasta llegar a la moderna regulación jurídica de los denominados fideicomisos de obra pública y fideicomisos sui generis (ejemplo, la Universidad de Costa Rica) que han encontrado una regulación normativa en los últimos años y con los cuales se están desarrollando actualmente proyectos de construcción.

La hipótesis radica en que el país enfrenta un gran rezago en materia de infraestructura y es urgente iniciar con la inversión en esta, pero que los mecanismos más comunes utilizados en la inversión de infraestructura, como lo es el contrato de concesión pública, se encuentra en crisis, pues las malas experiencias en nuestro país muestra que es un mecanismo poco eficiente el cual se enfrenta a la espera de muchos años y la alta posibilidad de corrupción. Es por ello que después del estudio de la figura del fideicomiso implementado en la Administración Pública, se determina la posibilidad de que estos se constituyan en una solución que permita conjugar la acción del Estado, con la inversión privada, además, de brindar la reducción de tiempo en la obtención de la obra y la reducción del riesgo de corrupción.

El objetivo general es reseñar, examinar y evaluar críticamente la situación actual de los fideicomisos como herramientas jurídicas, administrativas y comerciales para el desarrollo de

infraestructura en el sector público costarricense, en especial a la luz de la normativa recientemente promulgada (Reglamento de Oferta Pública de Valores) y las primeras experiencias en la incursión de esta figura en el país.

La metodología que se considera adecuada para desarrollar el proyecto, debido a que es un tema poco estudiado y tratado hasta este momento, es la exploratoria, ya que, no hay mucha doctrina al respecto y es una figura reciente y que se debe analizar partiendo de las generalidades de la figura del fideicomiso. Con esta metodología se busca aumentar el grado de familiaridad con la nueva figura jurídica, de la cual existen muchas expectativas, pero repetimos, se ha regulado poco.

Por otra parte, se utilizará también la metodología explicativa, ya que, a partir del estudio doctrinal y el análisis normativo, se va a exponer lo que, doctrinariamente se llamaría la “naturaleza jurídica” del fideicomiso de titularización y de obra pública, sus implicaciones y los posibles aportes que va a traer para la inversión en obras públicas.

Finalmente, se acudirá a unos presupuestos empíricos en el tanto se quiere realizar algunas entrevistas a personas que han desarrollado, desde distintos puestos en el sector público o privado de este país, las bases de lo que hoy es el fideicomiso como instrumento de desarrollo en el ámbito público costarricense.

Entre las conclusiones más importantes, se encuentra que el país para enfrentar la crisis de la infraestructura pública, desde tiempos atrás viene estudiando e implementando la alianza entre el sector público y privado, con figuras más comunes como lo es la concesión pública, pero la utilización de estas figuras no ha sido del todo un éxito, pues se ha enfrentado a serios problemas como lo es la corrupción. Es por ello que más recientemente el país se ha dedicado al estudio de figuras más modernas como lo es el fideicomiso, el cual ha tenido en nuestro país una evolución a partir del estudio, implementándose en diferentes “modalidades” por así decirlo, las mismas se estudian una a una en la presente investigación y del dicho estudio se deriva que es una figura prometedora y la cual puede permitir al Estado invertir de manera exitosa en infraestructura.

## FICHA BIBLIOGRÁFICA

Roldán Castillo, Carolina y Navarro Sánchez, Vivian Susana. *Los fideicomisos para el desarrollo de infraestructura en el sector público. Un desafío jurídico administrativo para el Estado costarricense*. Tesis de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2013. 178 pp.

Director: Prof. Carlos Estrada Navas.

Palabras claves: fideicomiso, obra pública, titularización, concesión, administración pública, licitación, cesión, contrato administrativo, derecho de uso, Estado, infraestructura, interés público.



# INTRODUCCIÓN

## *Justificación*

Durante muchos años, la Administración Pública en Costa Rica se ha visto limitada en sus labores— especialmente en lo que se refiere a la inversión en infraestructura— por el hecho de que los mecanismos jurídicos que existen actualmente (como son la contratación administrativa o la concesión de obra, entre otros) suelen ser complicados, lentos, poco flexibles o, en el peor de los casos, ineficientes. Esta situación ha generado, en las distintas esferas y en diversas instituciones, atrasos desmedidos en la inversión que se realiza en infraestructura. Es así, por ejemplo, como la construcción de vías públicas, hospitales, escuelas, edificios para oficinas del Estado, Municipalidades, Ministerios, aeropuertos, muelles, se prorrogan y atrasan durante varios años o incluso décadas (el ejemplo más dramático a este con respecto fue la concesión de la carretera a Caldera que tardó cerca de tres décadas en adjudicarse, desarrollarse y concluirse, con los resultados que todos conocemos).

Frente a esta situación, la *ausencia* de instrumentos eficientes para que el Estado y en particular las instituciones del sector público, puedan desarrollar proyectos, crecer en su ámbito de acción y satisfacer así la función pública para la cual fueron creados, es que la doctrina ius-publicista y comercial, así como la legislación costarricense, han desarrollado en los últimos años (y más específicamente en los últimos meses), la figura del Fideicomiso. Es mediante este novedoso instrumento, aplicado al ámbito público, como en nuestro país una institución tan fundamental para el desarrollo como es el Instituto Costarricense de Electricidad ha logrado construir obras que ascienden a varios cientos de millones de dólares. Estas obras no hubiesen sido del todo posibles si no se hubiese utilizado el concepto del fideicomiso.

En Costa Rica muchas instituciones estatales (el ICE, la Universidad de Costa Rica, la UNED, el Ministerio de Hacienda, la Caja Costarricense del Seguro Social, entre otras) han apostado, según se ha informado en los medios de comunicación masiva,

por el empleo de la figura del Fideicomiso para así poder desarrollar obras de gran envergadura. Es decir, que el Estado, en cuanto ente de derecho público, ha querido desplegar un instrumento jurídico-financiero que admita la ejecución de proyectos en beneficio de la colectividad, es decir, del interés público.

Sin embargo, el denominado fideicomiso, en su función de instrumento para desarrollar infraestructura en el Estado, es una figura muy nueva en nuestro ordenamiento. Las instituciones que han intentado poner en práctica este instrumento se han enfrentado con diversos problemas que van desde un desconocimiento de sus fundamentos jurídico-dogmáticos, hasta una ausencia de normas positivas aplicables al respecto, es decir, la existencia de lagunas normativas. Es por esta razón que muchos de los proyectos que habían decidido adherirse a esta opción se encuentran actualmente estancados o poco menos. No obstante, las expectativas que hay en los diversos sectores (por ejemplo, en los bancos del Estado, en las Instituciones Públicas, en los Ministerios o en las Universidades públicas) son muy grandes, pues es por esa vía que ellos esperan salir adelante con la construcción de obras de gran importancia y tamaño.

Es a raíz de esta situación, es decir, de la necesidad de que el ordenamiento jurídico costarricense, el Estado y, por ello el Gobierno, contaran con instrumentos alternativos de captación de recursos, fue que recientemente el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, en su artículo 8 del acta de la sesión 881-10, acordó una modificación al Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, en la cual se regula de manera detallada lo relativo al tema del Fideicomiso de titularización y al fideicomiso de desarrollo de obra pública.<sup>1</sup> Dada la importancia que tiene esa

---

\*El epígrafe al inicio de este documento fue tomado de Minor E. Salas Solís Seminario: Los Fideicomisos para el Desarrollo de Obra Pública. Centro de Investigación y Capacitación en Administración Pública de la Universidad de Costa Rica.

<sup>1</sup> El artículo 73 del Reglamento de Oferta Pública de Valores ha definido muy recientemente esta nueva figura jurídica en los siguientes términos:

“**Artículo 73.** —Fideicomiso de desarrollo de obra pública. El fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública conviene con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública. A estos efectos, la Administración transmite al fideicomiso un conjunto prefijado de cualquier tipo de activos necesarios para el desarrollo del proyecto, como por ejemplo, derechos de uso, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, entre otros, de los cuales sea titular. // La

modificación para el tema acá propuesto, nos permitimos transcribir algunos de sus considerandos y modificaciones:

*“...II. Es deber del Estado procurar la existencia de obra pública en buenas condiciones, ya que, constituye un asunto de gran trascendencia e interés para la sociedad, dada su conexión directa con el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.*

*III. La limitación de recursos por parte de la Administración Pública, conlleva a la necesidad de utilizar esquemas alternativos de financiamiento, a fin de impulsar el desarrollo de obra pública en beneficio del interés de la colectividad.*

*IV. El público inversionista del mercado de valores requiere contar con nuevas opciones y productos de inversión para obtener una mayor diversificación de sus portafolios personales.*

*V. El mercado de valores ya ha sido utilizado como fuente alternativa de financiamiento para ejecutar proyectos de obra pública importantes para el país, bajo el esquema contractual de fideicomisos de titularización combinados con arrendamientos. La titularización debe circunscribirse a aquel proceso de financiamiento que permite transformar los activos ilíquidos de una entidad, en valores negociables en el mercado de valores, posibilitando la obtención de liquidez. Estos activos son únicamente aquellos con capacidad de generar flujos de ingresos actuales o futuros, periódicos y predecibles, por cuanto, para que opere la titularización se requiere que la entidad titular de dichos activos (originador) los ceda a un patrimonio separado, que tiene el propósito de respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio...*

*VI. Es necesario crear una figura dentro del marco de la regulación de la oferta pública que permita la consecución de los objetivos de financiamiento y desarrollo*

---

emisión de valores de oferta pública sustentados en procesos de desarrollo de obra pública debe sujetarse, en lo que corresponda, a lo dispuesto en el título anterior y a las condiciones especiales establecidas en el presente título.”

*simultáneo de obra pública por medio del mercado de valores y que considere disposiciones relacionadas entre otros aspectos, con los requisitos, características, condiciones y riesgos, necesarias de revelarse a los inversionistas. Para tal fin se establece un contrato de fideicomiso de desarrollo de obra pública en virtud del cual la Administración Pública conviene con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento con o sin opción de compra por parte de dicha Administración.*

*VII. La utilización de una figura como los fideicomisos de desarrollo de obra pública debe ir acompañada de un marco regulatorio y un régimen de supervisión en procura de la protección de los inversionistas. Para tales efectos, los fideicomisos de desarrollo de obra pública deben contar con una estructura y mecanismos de gestión acordes con la tutela de los intereses de los inversionistas y de la Administración Pública, por lo que se estima oportuno incorporar esta nueva figura en el Reglamento sobre oferta pública de valores vigente...*

Creemos que con la transcripción de estos considerandos quedará ya evidenciada la gran importancia que se le ha dado a los fideicomisos en cuestión, así como la actualidad del tema, para efectos de ser estudiado con más detalle durante el curso de esta investigación de tesis.

### ***Objetivo General:***

Reseñar, examinar y evaluar críticamente la situación actual de los fideicomisos como herramientas jurídicas, administrativas y comerciales para el desarrollo de infraestructura en el sector público costarricense, en especial a la luz de la normativa recientemente promulgada (Reglamento de Oferta Pública de Valores) y las primeras experiencias en la incursión de esta figura en el país.

### ***Objetivos Específicos:***

(a) Identificar las diferentes formas de contratación administrativa con que cuenta la Administración Pública como herramientas para la inversión en la infraestructura pública.

(b) Estudiar la figura del fideicomiso como una figura típica del derecho contractual privado costarricense, sus orígenes históricos, características y elementos, pero que, en los últimos años, se ha utilizado cada vez con más frecuencia (en nuestro propio país, pero también en otras latitudes) como un mecanismo de desarrollo de políticas públicas.

(c) Analizar de manera específica la figura del fideicomiso de titularización (tanto a titularizaciones privadas o públicas se refiere) y el fideicomiso de obra pública y su regulación normativa en el sistema jurídico costarricense, determinando su viabilidad y pertinencia en nuestro ordenamiento; así como su evolución histórica en los últimos años.

(d) Elaborar un análisis comparativo entre la figura de los fideicomisos (como instrumentos de infraestructura para los Estados) y la figura de la concesión pública, reconociendo si existen aportes del fideicomiso para el desarrollo de políticas públicas eficientes y expeditas.

### ***Hipótesis***

No todas las investigaciones jurídicas ameritan el planteamiento de una hipótesis de trabajo, pues existen investigaciones de distinto tipo, como son las exploratorias o las de descripción de un estado específico de un fenómeno que se estima de importancia. La presente investigación se enmarca más dentro de un esquema de descripción y de análisis comparativo de los instrumentos jurídicos que existen para que el Estado, como ente de derecho público, invierta en infraestructura. De allí que, al no existir un problema técnico o científico en sentido estricto, se pueda prescindir de aventurar una hipótesis a título de conjetura.

No obstante y con el ánimo de introducir un elemento crítico a la presente investigación, a las autoras de este proyecto nos gustaría formular una hipótesis, con carácter restrictivo y con las reservas del caso, en los siguientes términos:

En la actualidad nuestro país enfrenta un rezago significativo en infraestructura (un ejemplo dramático de ello lo ofrece la red vial, donde hay puentes que tienen más de un siglo de obsolescencia), lo que impide aumentar la productividad, eficiencia y competitividad de los entes públicos. Este rezago se ha venido produciendo en nuestro país por diferentes factores, como lo son la falta de planificación, la errónea toma de decisiones, la falta de financiamiento, los límites presupuestarios y bancarios y, lo principal, una completa ausencia de procesos de contratación eficientes. Todo esto ha generado un entorpecimiento en la planificación de grandes proyectos y la concentración de la inversión del presupuesto nacional en el desarrollo de la infraestructura, sin poder generar mayores avances, lo que redundará en un servicio público pobre, insuficiente y no acorde con las necesidades de los ciudadanos.

Para combatir este rezago, muchos años atrás se implementó la figura de la concesión de obra pública, considerada como una opción de financiamiento para atender la creciente necesidad en infraestructura pública. Sin embargo, en la práctica se ha convertido en un procedimiento engorroso y la experiencia nos ha dejado proyectos que para su desarrollo se han tardado hasta una década o más, lo cual es a todas luces inaceptable.

El nuevo instrumento jurídico, de los fideicomisos, en sus distintas *manifestaciones* (de titularización, de obra pública, etc.), serán de una gran utilidad sobre todo en el campo del desarrollo de las infraestructuras públicas, fomentando de esta forma una mayor participación privada en los sectores económicos, principalmente en la fase de financiamiento y la ejecución de las mismas.

## ***Metodología***

La metodología que se considera adecuada para desarrollar el proyecto, debido a que es un tema poco estudiado y tratado hasta este momento, es la exploratoria, ya que, no hay mucha doctrina al respecto y es una figura reciente y que se debe analizar partiendo de las generalidades de la figura del fideicomiso. Con esta metodología se busca aumentar el grado de familiaridad con la nueva figura jurídica, de la cual existen muchas expectativas, pero, repetimos, se ha regulado poco.

Por otra parte, se utilizará también la metodología explicativa, ya que, a partir del estudio doctrinal y el análisis normativo, se va a exponer lo que, doctrinariamente se llamaría la “naturaleza jurídica” del fideicomiso de titularización y de obra pública, sus implicaciones y los posibles aportes que va a traer para la inversión en obras públicas.

Finalmente, se acudirá a unos presupuestos empíricos en el tanto se quiere realizar algunas entrevistas a personas que han desarrollado, desde distintos puestos en el sector público o privado de este país, las bases de lo que hoy es el fideicomiso como instrumento de desarrollo en el ámbito público costarricense.

## ***Estructura de la Investigación***

La presente tesis consta de dos títulos, el primer título, llamado Generalidades y antecedentes de la figura del fideicomiso en la contratación pública. Como su nombre lo indica lo que se pretende para introducir el tema, es hacer un estudio preliminar de los que es la Administración Pública y resaltar los aspectos relevantes para el presente tema y también hacer un estudio de la figura del fideicomiso, desde su nacimiento en el derecho privado; esto con el fin de tener claro ambos elementos para posteriormente estudiar cómo se conjugan. Este primer título se divide en dos capítulos: primer capítulo, el fideicomiso como contrato típico del derecho privado y un segundo capítulo, la administración pública y su problemática en materia de infraestructura.

El segundo título, llamado Incursión del Fideicomiso en Costa Rica como instrumento para el financiamiento del desarrollo de la infraestructura pública. Modalidades de Fideicomiso, en este segundo título se estudiará la evolución paso a paso que ha tenido la figura del fideicomiso utilizado en la Administración Pública y sus diferentes modalidades para así determinar si es una figura apta para resolver el problema de la infraestructura. Este título se divide en tres capítulos, el primero el fideicomiso de titularización en Costa Rica, el segundo el fideicomiso de desarrollo de obra pública (FIDOP) y un tercer capítulo llamado los fideicomisos *sui generis* de nuestro ordenamiento jurídico.



# **TÍTULO I. GENERALIDADES Y ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL FIDEICOMISO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Se va a estudiar en este título, desde una representación general y sin entrar a las consideraciones específicas de la tesis fundamental, la figura del fideicomiso desde la perspectiva del derecho comercial. El objetivo es lograr una caracterización jurídica de esa figura, estudiando sus orígenes y sus características básicas. En un segundo capítulo, se procederá al examen del concepto de Administración Pública, tratando de diagnosticar, mediante ejemplos concretos de la realidad nacional, la situación de crisis que enfrenta esta actualmente. Este diagnóstico es importante, pues será el terreno en el que posteriormente se cultivará y explicará el surgimiento de los fideicomisos para el desarrollo de obra pública.

## **Capítulo I: Fideicomiso como contrato típico del derecho privado**

Se estudiará en este capítulo la figura del fideicomiso con base en la norma general, cuál es su regulación en el Código de Comercio y también se expondrán los distintos tipos de fideicomisos existentes y sus características principales.

### ***Sección I: Antecedentes del Fideicomiso***

Los antecedentes del Fideicomiso se originan en la época del derecho romano, esto como una liberalidad de última voluntad que aparecía como forma de encargo por el difunto en un testamento. De modo que una persona transfería a otra, por un negocio *mortis causae*, la propiedad de uno o más bienes, con la finalidad de que esta los empleara, a su vez, en beneficio de otra u otras personas a las cuales, si ello fuera posible, debían serles transmitidos en el futuro<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ghersi, C.A. (2007). *Fideicomisos*, Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, primera edición.

Inició con un compromiso moral, basado en la “*fides bona*”. El “*dominus*”, confiaba al cesionario un “*usus*” de la cosa, bien con fines de garantía, bien con propósito de salvaguardia, pero con intención de obtener su restitución una vez cumplidos estos objetivos<sup>3</sup>. Continuando el transcurso del tiempo, se llegó al pacto o acuerdo fiduciario (*pactum fiduciae*) como negocio entre vivos y de este se conocieron dos modalidades:

1.1 La “*fiduciae cum amico*”<sup>4</sup>: consiste en la manifestación más original y se utilizaba como fórmula para poner a salvo el patrimonio de los actos de confiscación. El “*dominus*” cedía el bien a través de una “*mancipatio fiduciae causa*” con la finalidad exclusiva de “*usus*” o de custodia, con pacto de restitución.

1.2 La “*fiduciae cum creditore*”: fue una figura más sofisticada que tenía por objeto ofrecer una garantía a un acreedor. Se le confiaba la “*potestas*” dominical de un bien hasta que el deudor fiduciante pagase la deuda, en cuyo caso se le restituía. Si no lo pagaba, el creditor podía utilizar la facultad que se le otorgaba en el “*pactum fiduciae*” de resarcirse de la deuda vendiendo el bien entregado en garantía.

1.3 El *trust*<sup>5</sup>: En cuanto al *derecho anglosajón* se tiene la figura del trust, el cual es una institución legal secular configurada a través de los tiempos, perfilada poco a poco por la doctrina, principalmente por el precedente judicial inglés.

Su origen debe situarse en las instituciones fiduciarias del derecho romano que en Inglaterra evolucionaron sobre la base de la “*equity*”, para crear una figura legal que permitiera a un propietario asegurar la transferencia de un bien a una persona con la finalidad de que esta última administrara aquel en beneficio de un tercero. Jurídicamente, la institución del trust descansó desde sus orígenes en un desdoblamiento de la titularidad del bien, separando la propiedad legal o formal de la propiedad material o bonitaria. Esta segregación se fundamentó en la originaria dualidad del ordenamiento inglés que distingue entre el Derecho del *Common Law* y el Derecho de equidad (*equity law*), de tal manera que la propiedad legal o formal

<sup>3</sup> Arespacochagua, J. (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pág 17.

<sup>4</sup> Idem. Pág 17.

<sup>5</sup> Idem. Pág 30.

estuvo sometida al *Common Law*, mientras que la material o de goce se amparaba en la *equity*.<sup>6</sup>

## ***Sección II: Concepto y Definición***

La palabra fideicomiso, se deriva del latín *fideicommissum*, donde *fides* significa fe y *commissum* significa confiado. El término fideicomiso se desprende de tratarse simplemente de un encargo o una comisión de confianza y se puede decir que “El contrato de fideicomiso o "*pactum fiducia*" se puede definir como aquel en virtud del cual una persona recibe de otra un encargo con respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a título de confianza, para que al cumplimiento de un plazo o condición, se destine según lo convenido.”<sup>7</sup>

En el Código de Comercio en su artículo 633, menciona que por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.

El jurista costarricense Mariano Jiménez Zeledón, citado por Abarca y de Ford González, en su obra “Naturaleza jurídica de los fideicomisos en la Administración Pública”<sup>8</sup>, lo define como: “un negocio jurídico único y típico en virtud del cual una persona física o jurídica (fideicomitente) transmite a otra (fiduciario) la propiedad de bienes o derechos para la realización de fines lícitos y determinados señalados en el acto constitutivo, usualmente constituido en beneficio de un tercero (fideicomisario).

---

<sup>6</sup> En el diccionario jurídico PopJuris, se define common law como: Sistema de derecho de origen anglosajón, caracterizado por ser un conjunto de normas creadas por jueces mediante un sistema inductivo basado en precedentes judiciales. (ver <http://www.popjuris.com/diccionario-juridico/definicion-del-common-law/>.) y en Equity Law se define como: En su sentido más amplio, la equidad es la justicia. Como sistema legal, es una rama del derecho que se ocupa de las preocupaciones que se encuentran fuera de la jurisdicción de derecho común. La equidad también se utiliza para describir el valor monetario de los bienes en exceso de demandas, embargos o hipotecas sobre la propiedad. Equidad y el derecho común representan valores opuestos en el sistema legal Inglés. (ver <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/equity>)

<sup>7</sup> Carregal, M.A. (1982). *El fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Universidad. Pág. 47

<sup>8</sup> Abarca, C y De Ford González, G. (2007). *Naturaleza Jurídica de los Fideicomisos en la Administración Pública. Caso específico IMAS*. Pág 57.

### ***Sección III: Características del Fideicomiso***

El fideicomiso tiene varias características, entre las cuales están:

- *Mercantil*: Está regulado en el Código de Comercio, del artículo 633 y sgtes.
- *Real*: Necesita para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del Fiduciario y el fideicomitente.
- *Consensual*: Este pacto, requiere en su génesis, el acuerdo expreso de las partes intervinientes; al menos la voluntad del fiduciario y el fideicomitente.
- *Formal*: El fideicomiso, para su validez, debe ser otorgado en documento privado o público, pero escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse escritura pública ante notario y esta se inscribirá en el Registro Público.
- *Típico*: a partir de la ley 3284, el contrato cuenta con una regulación que permite considerarlo típico.
- *Intuito Personae*: las funciones del fiduciario no pueden ser realizadas por cualquier persona. La persona tendrá ciertas cualidades objetivas que requieren un acto de confianza personal.
- *Final*: porque se realiza por algo y para algo y todo el actuar de las partes contratantes está destinado a lograr ese fin.
- *Patrimonio Autónomo*: en el sentido que el patrimonio fideicometido se convierte en un conglomerado de bienes y derechos diferentes y por lo tanto, completamente separado de la hacienda de las personas que intervienen en el contrato.
- *De gestión profesional*: para lograr el fin deseado, el fideicomiso debe ser administrado por un gestor profesional capaz de cumplir las indicaciones tanto del contrato como de la ley, observación que se apunta y sostiene a pesar de y a sabiendas de que nuestra legislación –así como muchas otras- permite que el fiduciario sea cualquier persona física o jurídica.
- *Elastico*: la enorme elasticidad que presenta la figura del fideicomiso permite que se puedan llevar a cabo múltiples negocios de acuerdo con las necesidades del fideicomitente.

#### ***Sección IV: Elementos del Fideicomiso***

El contrato del fideicomiso consta tanto de elementos personales como reales.

4.1 Los *elementos personales* son los siguientes:

4.1.1 Fideicomitente: es la persona que constituye el fideicomiso y destina los bienes o derechos necesarios para el cumplimiento de sus fines, transmitiendo su titularidad al fiduciario.

4.1.2 Fiduciario<sup>9</sup>: es la persona jurídica a la cual se le traspasan los bienes en propiedad fiduciaria, por parte del Fideicomitente, el cual se compromete a administrarlos para alcanzar el fin señalado en el contrato. Es frente a terceros el ejecutor de la voluntad expresada por acto entre vivos o por vía testamento.

Es importante destacar que el fideicomitente puede llegar a ser a la vez el fideicomisario, pero está expresamente prohibido que el fiduciario pueda ser fideicomisario, en el artículo 656 del Código de Comercio indica que el fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista, esto, ya que, “se presume constituido en fraude de acreedores, salvo que se pruebe que el fideicomiso haya generado ganancias o frutos suficientes al fideicomisario como para enfrentar con ellos el pago de las deudas y que exista contenido patrimonial suficiente para responder<sup>10</sup>”.

4.1.3 Fideicomisario<sup>11</sup>: “es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y, eventualmente, los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado. Debe ser una persona capaz de recibir derechos, lo que conduce a afirmar que toda persona puede ser

---

<sup>9</sup> Carmona, M., Rodríguez, D y Umaña A. (2010). Los fideicomisos de Titularización: Un Estudio Integral que facilite la implementación de la figura en una institución pública Pág 51.

<sup>10</sup> Barrantes, J. El Fideicomiso: Algunos conceptos generales (2012). Recuperado de: <<http://www.casadelosriscos.com/articulos/fideicomiso.pdf>

<sup>11</sup> Delgado, I. (1999). Contratos de Fideicomiso con Fondos Públicos, su aplicación, regulación y control en Costa Rica. Pág 61.

fideicomisario. Sin embargo, no puede tener incapacidades particulares o inhabilidades cuando deba recibir los bienes fideicometidos y estos se transmiten por vía testamentaria. Por lo demás un incapaz en ejercicio, un menor de edad, podrán ser beneficiarios sin dificultad alguna y actuarán ante el fiduciario y ante terceros a través de su representante legal.

4.2 Elemento *real*: el elemento real lo constituye la propiedad fiduciaria, la cual está conformada por toda clase de bienes muebles, materiales o inmateriales e inmuebles. Lo importante es que se encuentren dentro del comercio de los hombre, como lo indica el artículo 634 del Código de Comercio, el objeto del mismo pueden ser toda clase de bienes o derechos que legalmente estén dentro del comercio. Los bienes fideicometidos constituirán un patrimonio autónomo apartado para los propósitos del fideicomiso, puede ser de dos tipos:

- *Patrimonio autónomo*: El patrimonio fideicometido, se llega a convertir en patrimonio autónomo. Ello quiere decir que queda separado del que tiene el fiduciario, el fideicomisario y el propio fideicomitente. De tal suerte, el patrimonio fideicometido, deviene en inembargable, por hechos atribuidos a las partes del contrato de fideicomiso. Este patrimonio, aunque de manera registral o contractual figure como entregado al fiduciario, es verdaderamente propiedad del fideicomiso mismo, considerado este como entidad patrimonial autónoma. Desde el punto de vista del Derecho Civil, el fideicomiso no goza de personalidad jurídica, pero desde el punto de vista económico, es una entidad dueña de un haber patrimonial propio.

- *Patrimonio de afectación*: El patrimonio del fideicomiso, queda afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos. Estos son establecidos por las partes en el pacto. El fideicomitente se los señala ahí al fiduciario. El fiduciario queda como el encargado de hacerlos cumplir. En tesis de principio, existen quienes consideran que el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de los fines para los cuales se constituyó un fideicomiso y a los cuales se afectó el patrimonio, podría tener el efecto de desafectarlo y extinguirlo.

El requisito indispensable para poder llevar a cabo un fideicomiso es que el fin sea lícito, según el artículo 661 del Código de Comercio se prohíbe:

- a) Los fideicomisos con fines secretos;
- b) Los fideicomisos en los que el beneficio se conceda a diversas personas que sucesivamente deben sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso en que la sustitución se realice en favor de personas que, a la muerte del fideicomitente, están vivas o concebidas ya;
- c) Los fideicomisos cuya duración sea mayor de treinta años, cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si esta fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos; y
- d) Los fideicomisos en los que al fiduciario se le asignen ganancias, comisiones, premios u otras ventajas económicas fuera de los honorarios señalados en el acto constitutivo. Si tales honorarios no hubieren sido señalados, estos serán fijados por el juez, oyendo el parecer de peritos, en diligencias sumarias especialmente incoadas al efecto y siguiendo los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

## ***Sección V: Derechos y Obligaciones de las Partes***

### **5.1 Fideicomitente**

#### **5.1.1 - Derechos<sup>12</sup>:**

- a. A revocar el fideicomiso: El fideicomitente se reserva la posibilidad de poner fin al encargo hecho al fiduciario.
- b. A exigir rendición de cuentas: Es una obligación que tiene el fiduciario de presentar informes sobre el estado y la administración del patrimonio fideicometido, dentro de los plazos establecidos en el contrato o en la ley.

---

<sup>12</sup> Abarca, C y De Ford González, G. (2007). Naturaleza Jurídica de los Fideicomisos en la Administración Pública. Caso específico IMAS. Pág 67.

c. A ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario: El fideicomitente puede promover acciones de responsabilidad contra el fiduciario, cuando considere que se hayan cometido perjuicios contra el patrimonio fideicometido o sus intereses, esto amparado en el artículo 647 del Código de Comercio.

d. A pedir la remoción del fiduciario y designa uno nuevo (art 645): Dicho artículo permite que el fideicomitente puede remover al fiduciario si este no actúa como un buen padre de familia y no cumple con las disposiciones que se encuentran en el acto constitutivo.

e. A obtener la devolución de los bienes: Este aspecto lo menciona el artículo 660 del Código de Comercio, indica que “si en el acto constitutivo del fideicomiso se señalare a quién, una vez extinguido aquel, deben trasladarse los bienes, así se hará. Si no se dijere nada, serán devueltos al fideicomitente y si este hubiese fallecido la entrega será hecha a su sucesión”.

#### 5.1.2 Obligaciones:

- a. Remuneración al fiduciario: Como en principio el cargo es remunerado, esto conlleva a que el fideicomitente tiene la obligación de remunerar al fiduciario en los costos que su gestión desempeñe.
- b. Reembolsar gastos: Si el fiduciario tuvo que incurrir en gastos a la hora de desempeñar sus funciones, será un deber del fideicomitente el reembolsarle el dinero respectivo.

### 5.2.- Fiduciario

#### 5.2.1- Derechos:

- a. Derecho a cobrar honorarios: En consecuencia de la primera obligación del fideicomitente, surge el derecho del fiduciario de cobrar los honorarios que le corresponden por los servicios que brinda para la realización del fideicomiso.



- b. A ejecutar acciones legales: El fiduciario podrá ejercitar los derechos y acciones necesarias legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objetos de este.

#### 5.2.2 Obligaciones:

Existen varias obligaciones por parte del fiduciario, las mismas se encuentran reguladas en el artículo 644 del Código de Comercio y son las siguientes:

- a) Llevar a cabo todos los actos necesarios para la realización del fideicomiso;
- b) Identificar los bienes fideicometidos, registrarlos, mantenerlos separados de sus bienes propios y de los correspondientes a otros fideicomisos que tenga, e identificar en su gestión el fideicomiso en nombre del cual actúa;
- c) Rendir cuenta de su gestión al fideicomisario o su representante y en su caso, al fideicomitente o a quien este haya designado. Esas cuentas se rendirán, salvo estipulación en contrario, por los menos una vez al año;
- d) Con preferencia a los demás acreedores, cobrar la retribución que le corresponda; y
- e) Ejercitar los derechos y acciones necesarios legalmente para la defensa del fideicomiso y de los bienes objeto de este.

Además, en el artículo 646 del Código de Comercio, se menciona que el fiduciario no podrá renunciar si no es por justa causa que el fideicomitente o el juez, en su caso, calificarán. El juez procederá a petición de parte interesada y por los trámites establecidos para los actos de jurisdicción voluntaria.

## ***Sección VI: Clases de Fideicomiso Típicos (Código de Comercio)***

La clasificación de los fideicomisos es muy diversa, puesto que responde a los fines que se le quiere dar a la hora de llevarlo a cabo, pueden haber fines administrativos, de garantía, inversiones, seguros, etc.

No hay una clasificación taxativa de los fideicomisos, considerando que su fin puede variar. Sin embargo, cabe destacar las siguientes clases:

### **6.1 Fideicomisos Mortis Causa:**

Este tipo de fideicomisos producen sus efectos jurídicos luego del fallecimiento del fideicomitente. Se constituyen en vida del fideicomitente. Pueden establecerse dos categorías.

6.1.1. Los fideicomisos testamentarios, que consisten en que el fideicomitente, encontrándose con vida, constituya un fideicomiso. Lo dota de determinados bienes, a fin de que cuando sobrevenga su muerte, el fiduciario los entregue a la persona o personas designadas como fideicomisarios. Con este pacto, los bienes salen del patrimonio del fideicomitente y al instante de su defunción, todos los bienes fideicometidos no forman parte del proceso sucesorio y son distribuidos por el fiduciario y se limitará a seguir las instrucciones dejadas por el fideicomitente y el único requisito para que proceda, es la prueba del fallecimiento.

6.1.2. Los fideicomisos basados en pólizas, son aquellos en los que el fideicomitente suscribió, de antemano, una póliza de vida. Ya ha designado como beneficiaria a una entidad fiduciaria. En el momento en que fallezca el fideicomitente, la entidad recibe el monto de la póliza. El beneficiario, entonces, constituye con ese dinero, un fideicomiso, para los fines que ya había determinado previamente el fideicomitente.

Este tipo de negocio es muy útil para favorecer a menores de edad, que a final de cuentas, resultan como beneficiarios finales de la póliza de vida.

## 6.2- Fideicomisos Inter Vivos:

Esta categoría engloba a todos aquellos fideicomisos que se constituyen y generan sus efectos en vida del fideicomitente, a continuación se menciona algunos de los diversos tipos de fideicomisos:

6.2.1 Fideicomisos de garantía: en este tipo de fideicomiso, se transmite al fiduciario bienes que se afectan en garantía de obligaciones a cargo del fideicomitente de la obligación garantizada proceda a su venta o entregue en propiedad los bienes al beneficiario, o al tercero acreedor, según se haya estipulado en el contrato<sup>13</sup>.

6.2.2 Fideicomiso de administración y de inversión: los primeros son aquellos en los cuales se transfiere la propiedad de determinados bienes a un fiduciario para que los administre conforme lo establecido por el constituyente destinando el producido, si lo hay, al cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato.

En cuanto a los fideicomisos de inversión, tienen por finalidad la inversión de recursos financieros con arreglo a instrucciones determinadas para beneficio del fideicomitente o de quien se designe en el contrato como beneficiario. Tales fideicomisos pueden ser de inversión de títulos valores, o préstamos, con destino al cumplimiento de diversos fines.

6.2.3 Fideicomisos de titularización: Esta clase de fideicomisos es altamente relevante. Consisten en que el fideicomitente entrega cualquier tipo de bienes al fiduciario. Acto seguido, el fiduciario, tomando en cuenta el valor real de ellos, procede a la emisión de títulos valores y los coloca en el mercado primario a través de la Bolsa Nacional de Valores o por ventanilla. Los recursos que se capten, se trasladarán al fideicomitente o se destinarán a los fines previstos en el contrato<sup>14</sup>.

6.2.4 Fideicomisos Inmobiliarios: este tipo de fideicomiso se constituye con la finalidad de garantizar a los adquirentes de bienes inmuebles, la correcta aplicación

---

<sup>13</sup> Carmona, M., Rodríguez, D y Umaña A. (2010). Los fideicomisos de Titularización: Un Estudio Integral que facilite la implementación de la figura en una institución pública Pág 59.

<sup>14</sup> Barrantes, J. El Fideicomiso: Algunos conceptos generales (2012). Recuperado de: < <http://www.casadelosriscos.com/articulos/fideicomiso.pdf>. Pág 11.

de sus aportes a la construcción de los mismos. Asimismo este tipo de proyecto se puede utilizar para realizar proyectos a precio fijo, para que los dueños finales de los bienes, en cuyo caso los riesgos financieros inherentes deben ser soportados por el constituyente quien debe tener la capacidad patrimonial para desarrollar proyectos al costo o a precio variable<sup>15</sup>.

6.2.5 Fideicomisos públicos: en relación con este tipo de fideicomisos, se tiene que es un contrato por medio del cual el Gobierno a través de sus dependencias y en su carácter de fideicomitente, trasmite la titularidad de bienes de dominio público, o del dominio privado, o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito de interés público<sup>16</sup>. Sobre esta aspecto es importante destacar que aunque la figura del fideicomiso, se caracteriza por ser contrato privado, al ser uno de los elementos personales de carácter público, principalmente el fideicomitente, es de naturaleza pública.

De este tipo de fideicomiso, se desarrollan otros tipos de fideicomisos de gran relevancia:

- a. Fideicomisos para créditos de desarrollo: El Estado, tras pasa al fiduciario, recursos líquidos, que generalmente han sido obtenidos a través de empréstitos donaciones otorgadas por otros Estados u organismos financieros. El fiduciario, deberá destinar los rendimientos de los recursos, al otorgamiento de créditos a distintos destinatarios y sectores productivos del país. El fiduciario, en estos casos, debe ceñirse a los que establecen las cláusulas del contrato, que generalmente reenvían al articulado de la ley que aprobó el empréstito, o bien, a los términos del convenio de donación por el que se recibió el capital. A veces, el fiduciario, puede tener otros deberes adicionales. Por ejemplo, dar asistencia técnica a los destinatarios del crédito. Debe colaborar con la recuperación de los créditos morosos y velar porque todos los fondos en verdad cumplan el fin público para el que fueron recibidos con criterios de eficiencia económica.

---

<sup>15</sup> Carmona, M., Rodríguez, D y Umaña A. (2010). Los fideicomisos de Titularización: Un Estudio Integral que facilite la implementación de la figura en una institución pública. Pág 62

<sup>16</sup> Acosta, M. (1979). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F. Pág 234

- b. Fideicomisos de concesión de obra pública: Se constituyen en los casos en los que se ha concedido la realización de una obra pública a una persona de Derecho Privado. El Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, lo describe de la siguiente manera: “El fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento, operativo o financiero<sup>17</sup>, con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública. A estos efectos, la Administración transmite al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, tales como derechos de uso, de usufructo, flujos futuros de efectivo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, propiedades inmuebles entre otros, de los cuales sea titular.

Con posterioridad a la constitución del fideicomiso, el fiduciario puede incorporar al fideicomiso otros activos adquiridos directamente por él o cedidos por otra entidad de la Administración Pública o terceros, que resulten necesarios para el desarrollo del proyecto, según lo dispuesto en el contrato de fideicomiso. Para los efectos de este reglamento, no se permite la incorporación de activos al fideicomiso a través del uso de vehículos de estructuración como figuras societarias, fideicomisos, u otros similares<sup>18</sup>.

### ***Sección VII: Causas de Extinción del Fideicomiso***

Las causas de extinción del Fideicomiso se enmarcan en el Código de Comercio en su artículo 659. Se menciona las siguientes:

---

<sup>17</sup> **Definiciones: Arrendamiento Financiero:** aquel contrato cuyas condiciones económicas permite deducir que se transfieren sustancialmente todos los tipos de riesgos y beneficios inherentes a la propiedad del activo objeto del contrato.

**Arrendamiento Operativo:** “es el acuerdo mediante el cual el arrendador conviene con el arrendatario el derecho de usar un activo durante un período de tiempo determinado, a cambio de percibir un importe único o una serie de pagos o cuotas, sin que se trate de un arrendamiento de carácter financiero. En este tipo de arrendamiento no se traspasan los riesgos y beneficios del elemento arrendado. (ver. [http://www3.unileon.es/pecvnia/pecvnia2009/2009\\_243\\_262.pdf](http://www3.unileon.es/pecvnia/pecvnia2009/2009_243_262.pdf))

<sup>18</sup> Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (2011). Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. Pág. 42.

*“Artículo 659. El fideicomiso se extinguirá:*

*a) Por la realización del fin que este fue constituido, o por hacerse este imposible.*

*b) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a que está sujeto;*

*c) Por convenio expreso entre fideicomitente y fideicomisario. En este caso el fiduciario podrá oponerse cuando queden sin garantía derechos de terceras personas nacidos durante la gestión del fideicomiso;*

*d) Por revocación que haga el fideicomitente, cuando se haya reservado ese derecho.*

*En este caso deberán quedar garantizados los derechos de terceros adquiridos durante la gestión del fideicomiso; y*

*f) Por falta de fiduciario cuando existe imposibilidad de sustitución.*

Establecidas de manera expresa las causas de extinción en el Código de Comercio, todo contrato de fideicomiso que se realice se regirá bajo esta norma. No obstante en el contrato de fideicomiso se podrán pactar nuevas causas.

## **Capítulo II: La Administración Pública y su problemática en materia de infraestructura.**

Se estudiará en este capítulo, de manera específica, la problemática de la Administración Pública en lo referente al financiamiento y construcción de infraestructura pública. Se analizará por qué se ha caído en una crisis de legitimación que conlleva incluso procesos denominados, en teoría política, como de “ingobernabilidad”.

## *Sección I: Presentación del problema y mención de ejemplos específicos*

Este capítulo debe empezar con un juicio de valor, que es el sustento de todo lo que a continuación se dirá. Ese juicio de valor no es, sin embargo, una mera afirmación sin respaldo teórico alguno, pues ya se han estudiado en otros contextos algunos elementos de investigación empírica que lo confirman y que luego se tendrá la oportunidad de discutir más a fondo.<sup>19</sup> Por ahora, baste con decir lo siguiente: La Administración Pública en Costa Rica se encuentra ya, desde hace varios años (décadas), en una profunda crisis. Esa crisis adopta distintos y variados ribetes, que van desde una deslegitimación en la esfera político-administrativa, hasta un desprestigio con respecto a las posibilidades reales que esta tiene para hacer frente a necesidades imperativas de orden social, como son, por ejemplo, las necesidades de infraestructura existentes en toda comunidad humana.

Basta con leer un periódico nacional o escuchar una noticia en cualquier medio de radiodifusión o televisión para darse cuenta de que los gobiernos de turno enfrentan enormes dificultades para cumplir con las promesas que realizan en los periodos de campaña electoral. Dentro de esas promesas se encuentran aquellas relacionadas típicamente con la construcción de infraestructura en los más distintos ámbitos de la vida social: construcción de carreteras, de hospitales o clínicas, de aeropuertos, de escuelas, de puentes, de puertos y de un sin número de otros requerimientos que son necesarios para el cumplimiento de los fines públicos asignados a los entes gubernamentales. Sin embargo, la dificultad que se enfrenta históricamente es una y la misma desde hace décadas, a saber: por un lado, la incapacidad de la Administración Pública (por razones que luego se dirán) de construir esa infraestructura de una manera rápida, eficiente y a costos relativamente sensatos (sin incurrir en los tradicionales problemas de corrupción). Y por otra parte, la escasez de recursos (o eventualmente las dificultades en financiar esos recursos), mediante los cuales se puedan construir las obras requeridas en periodos de tiempo razonables.

Al respecto, haré dicho unos conocedores de la problemática:

---

<sup>19</sup> Mesalles, L., Céspedes O. (2009). Obstáculos al crecimiento económico de Costa Rica. Academia de Centroamérica, 2009, en especial el capítulo 2. Recuperado de: <http://www.academiaca.o.cr/documentos/libroanualconportada09.pdf>

“En lo que respecta a la infraestructura, el cambio en las actividades productivas, el crecimiento de las exportaciones, así como la atracción selectiva de inversión extranjera, demandaron acceso y conexión a toda una nueva serie de servicios, produciendo gran presión sobre obras existentes y exigiendo la gestación de proyectos nuevos. Entre 1995 y el 2007 las exportaciones pasaron de 3.190 a 9.343 millones de dólares (COMEX, 2009) y sólo en el Complejo Portuario de Moín la carga manipulada ascendió de 2,1 millones de toneladas métricas en 1980 a 9,9 millones en el 2007 (JAPDEVA, 2009 y Estado de la Nación, 1999), lo cual significó un aumento de casi un 500 por ciento. Por su lado en el aeropuerto Juan Santamaría, en el mismo período, la cantidad de pasajeros aumentó en más de tres millones, lo que representa un crecimiento de un 570 por ciento (DGAC, 2009 y Estado de la Nación, 1999). De igual forma la capacidad instalada del Sistema Eléctrico Nacional se multiplicó por 4, alcanzando los 2.182 MW en el 2007 (ICE, 2007).

Todo lo anterior hace suponer que la oferta de infraestructura, como elemento crítico en asegurar el funcionamiento eficiente de las economías (WEF, 2008) y potenciar el desarrollo, debió crecer al mismo ritmo que la demanda, mas una evaluación general permite llegar a la conclusión que esto en algunos servicios fue relativamente cierto, pero que en la mayoría de los sectores está muy lejos de ser verdad.

En definitiva, es necesario partir del hecho que la infraestructura costarricense presenta grandes desigualdades, pues mientras en algunos sectores se dieron aciertos y se alcanzaron índices de cobertura y calidad en los servicios que figuran entre los más altos de América Latina, en otros el deterioro es sólo comparable con las economías menos desarrolladas del planeta. Un claro ejemplo de ello es que mientras más del 98 por ciento de la población tiene suministro de agua para el consumo humano, sólo el 3,5 por ciento cuenta con alcantarillado sanitario y una planta en operación para el tratamiento de las aguas servidas (Mora, 2008). Estas diferencias se deben a numerosos factores, desde la gestión del servicio, importancia en la agenda política, hasta la existencia de mercados bajo monopolio o competencia.”<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Castro, R., Porras, J.A. Infraestructura y Desarrollo Económico en Costa Rica. Recuperado de: [http://www.academiaca.or.cr/documentos/Libroanual\\_conportda\\_09.pdf](http://www.academiaca.or.cr/documentos/Libroanual_conportda_09.pdf)



Esta situación, conocida vivencial y cotidianamente por casi todos los ciudadanos, ha dado al traste con procesos de deslegitimación estructural del aparato estatal, al punto de que ya nadie cree en que las instituciones públicas, en especial el gobierno central, estén en condiciones de enfrentar de una forma rápida y ágil la construcción de infraestructura. Ese proceso de deslegitimación se ve reforzado por la difusión en los medios de comunicación de masas de los fracasos reiterados de los entes públicos para solventar satisfactoriamente las necesidades del colectivo social. Algunos ejemplos, para ilustrar lo dicho:

### 1.1 Ejemplo No. 1: La platina

“La pieza metálica floja en la losa del puente sobre el río Virilla, en la autopista General Cañas, puso al descubierto una cadena de errores y desaciertos por parte del MOPT. Por esa razón, la denominada ‘platina’ se convirtió en ícono de la ineficiencia estatal y, según palabras de la Presidenta, en “vergüenza nacional”.

Esta es la historia de un fierro flojo al que se le otorgó el título honoris causa de “vergüenza nacional”. La propia presidenta de la República, Laura Chinchilla, lo calificó así en setiembre del 2011, tras repetidos fracasos por resolver lo que, en apariencia, sería un proyecto de fin de semana.

Se dio a conocer por el seco golpe en los compensadores de cada carro que pasaba por el puente sobre el río Virilla, en el sentido San José-Alajuela de la autopista General Cañas.

Supuestamente, aquella molestia que provocaba kilómetros de presa se remediaría en “tres horas de trabajo”, según dijo en abril del 2009, el entonces director de la división de obras públicas del MOPT, Benjamín Sandino. No obstante, nada estuvo más lejos de la verdad.

El golpeteo fue apenas el inicio, pues los dos intentos que se hicieron para tapar las hendijas de una platina (cuyo nombre técnico es 'pletina') no dieron resultados, debido a "la fatiga" de la losa que lleva 30 años de abandono.

El puente necesitaba una mayor intervención, pero el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT) la había estado evitando, confiado en que el arreglo de la estructura y la construcción de una nueva, formaban parte del contrato de concesión firmado en octubre del 2004 con la empresa Autopistas del Valle, pero cuya ejecución aún no comienza.

Obligado por las circunstancias, el MOPT se decidió a invertir en el puente sobre el Virilla. De esta forma, lo que comenzó como una platina suelta en la junta de expansión de la losa, evolucionó a un cambio completo de la superficie de la estructura.

Para hacerlo, el Ministerio consiguió la autorización de la Contraloría General de la República y así pudo contratar directamente las obras por cerca de \$3,8 millones.

"El 4 de agosto (2009) yo rindo mi informe al Consejo (Consejo Nacional de Vialidad) diciéndoles que el problema no es de la junta, el problema es de la losa. Como yo tengo que proponer una solución, les digo las posibilidades de cambiar la losa por una nueva de concreto o por un piso de rejilla de acero. No había posibilidad de reparar la losa porque estaba muy fatigada y ya estaba fisurada en todo el espesor", recordó María Ramírez, directora de puentes del MOPT, ahora suspendida porque su propuesta falló.

Para evitar mayores molestias a los conductores en la principal carretera del país, el MOPT no dudó en decidirse por la segunda alternativa: colocar una losa con rejilla recubierta de concreto, que, además, permitiría mantener el paso abierto por el puente, aunque regulado. No había por qué enojar a los 70.000 conductores que transitan por esa vía a diario.

Además, la colocación de la rejilla vendría a alivianar la estructura, construida en 1961 para soportar vehículos con un peso máximo de 22 toneladas, pero sobre la cual pasan ahora automotores mucho más pesados.

Los trabajos de cambio de la losa comenzaron finalmente el 26 de diciembre del 2010, con la promesa de concluir en siete semanas, tiempo durante el cual los choferes soportaron con paciencia las presas y no pocos se asomaron con masoquista curiosidad para ver al vacío a través de los huecos que le iban haciendo.

Todos fueron testigos del avance en la obra por parte de la firma de SOARES da Costa, bajo la supervisión permanente del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y lamentaron el accidente que costó la vida de uno de los operarios del CONAVI, arrollado por un conductor que hizo caso omiso de los rótulos de prevención.

A finales de febrero, la calma parecía volver. Incluso, la viceministra del MOPT, María Lorena López, pronosticó que el puente sobre el Virilla tenía 75 años más de vida útil.

De nuevo, nada estuvo más lejos de la realidad.

El fantasma de la platina recién retirada volvió a rondar, porque la sustitución de la losa no dio los resultados esperados y el concreto comenzó a desmoronarse.

¿Quién fue el culpable de semejante falla? ¿Fue el concreto? ¿Fue la rejilla? ¿Fue el diseño? ¿Fue la ejecución? ¿Fue Teté?

“Vinimos a intervenir para quitar tres años de remiendos; no se diseñó para que fallara, no era un parche”, defendió Francisco Jiménez, ministro de Obras Públicas y Transportes, unas semanas después de reconocer el nuevo fracaso en uno de los puentes más importantes del país.

Sin embargo, los informes que por separado emitieron el Laboratorio Nacional de Modelos y Materiales Estructurales (LANAMME) de la Universidad de Costa Rica y el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), revelaron todo lo contrario.

Aunque el MOPT pidió permiso para hacer una contratación directa por tratarse de una “urgencia”, al final lo hizo por licitación pública, lo cual llevó un trámite de ocho meses.

A último momento, hubo que cambiar la rejilla utilizada para la obra por una menos rígida, porque la que se consideró inicialmente iba a tardar mucho en llegar al país. La modificación se realizó sin considerar sus implicaciones.

Además, según CFIA, se utilizó concreto que “no cumplía con las especificaciones requeridas” para la obra.

“El estudio técnico señala que el pobre desempeño del concreto y la falta de rigidez de la rejilla fueron las causas del problema en el puente. Cada una de las empresas e instituciones involucradas en la reparación del puente tuvo un grado de responsabilidad en el problema”, dijo el Colegio Federado en su informe de agosto.

Para el LANAMME, las reparaciones de la junta de expansión y la sustitución de la losa tuvieron su origen en “las debilidades en la planificación y en la falta de implementación del Sistema de Mantenimiento de Puentes”.

Las mismas entidades alertaron de las dudas sobre la capacidad sísmica del puente, pues la estructura de 160 metros de largo urge de arreglos en vigas y apoyos inferiores.

Tras estas advertencias, el MOPT prometió hacerle una nueva intervención al paso sobre el Virilla, la sexta en menos de dos años. Todas las anteriores fueron fallidas.

Es por todas esas razones que el fierro flojo conocido como la platina dejó de existir, pero se quedó en la memoria colectiva como lo hicieron el antiguo higuieron de San Pedro o la pulpería La Luz de barrio Escalante.

Más aún, se hizo fuente de inspiración de comediantes y fiebres de YouTube y terminó siendo tema de chistes, canciones y hasta una parodia del Tercer Reich. Motivos de sobra para haberse convertido en referente de la incompetencia

administrativa, en ícono de la falta de planificación y, como dijo la Presidenta, en “vergüenza nacional”.<sup>21</sup>

## 1.2 Ejemplo No. 2: “La Trocha: recuento del escándalo tico del 2012

“Si en diciembre se conmemoran los mejores momentos del año, también se recuerdan los hechos más vergonzosos. Para Costa Rica, sin duda alguna, uno de ellos es la Trocha Fronteriza, un escándalo nacional.

Ni Karina Bolaños, ni el caso del ex ministro de Hacienda Fernando Herrero y la empresa Procesos, han calado tanto en la ciudadanía como los actos de corrupción detectados en la Trocha o mal llamada Ruta de la Soberanía.

El caso salió a la luz en mayo de este año, cuando la misma presidenta de la República Laura Chinchilla comunicó una denuncia presentada por el entonces ministro de Obras Públicas Francisco Jiménez donde revelaba supuestos pagos de dádivas a miembros del Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) por parte de las empresas contratadas. Jiménez fue separado de su cargo por ‘responsabilidad política’ en el caso.

En ese momento, la Presidenta aseguró que no permitiría que hechos de corrupción empañaran una de sus obras más importantes. Sin embargo, ya era tarde para tomar cartas en el asunto, puesto que los hechos ya habían embarrealado todo el camino avanzado en la construcción de la obra y eso generó un sin número de cuestionamientos sobre su Gobierno.

‘Recibí una información de parte del ministro Francisco Jiménez, que decía que había recibido una denuncia con información, que había una presunta vinculación de dos funcionarios del CONAVI de corrupción y, eventualmente, de recibo de dádivas indebidas, en la construcción de esta importante ruta’, dijo Chinchilla cuando comunicó la denuncia y la separación del cargo de Jiménez.

---

<sup>21</sup> Vizcaíno, I., Vargas D. (2011). La Platina. La Nación. Recuperado de: <http://periodico.nacion.com/doc/nacion/proa-04diciembre2011/2011120201/19.html#21>.

Dos meses antes –en marzo- Chinchilla estaba inaugurando la Ruta Nacional 1856, acompañada de toda su comitiva de Gobierno e incluso del tataranieto de Juan Rafael Mora Porras, con cuyo nombre se bautizó la carretera.

En ese momento Chinchilla aprovechó para inaugurar escuelas, donar materiales y saludar al pueblo de Delta Costa Rica, ubicado en las márgenes del Río San Juan. Nadie esperaba que meses después, cuatro órganos fiscalizadores de la función pública investigarían lo que antes nadie vio.

Los primeros movimientos los dio la Fiscalía, al allanar la Comisión Nacional de Emergencias (CNE), el Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y las primeras empresas relacionadas con el pago de dádivas, justo el mismo día en que Vanessa Rosales, presidenta de la CNE tenía que comparecer ante la Comisión de Ingreso y Gasto Público.

Debido al imprevisto, en lugar de Rosales compareció Olman Vargas, director ejecutivo del Colegio de Ingenieros y Arquitectos (CFIA). En plena comparecencia, se dio el primer enfrentamiento de varios que se han presentado dentro de la comisión: Ese primer enfrentamiento fue protagonizado por el diputado Víctor Hugo Viquez y el asesor legal del CFIA, Marco Escalante.

‘Vea don Olman, usted vino aquí a hacer aseveraciones, a hacer públicas denuncias muy graves, ha ido a los medios y eso no está bien, un director del Colegio haciendo aseveraciones, usted no le puede dar fe a los costarricenses de lo que está pasando ahí’, dijo con enojo Viquez en la comisión, mientras defendía los trabajos de la Trocha.

Días después el CFIA presentó el informe de autoría realizado en la Trocha Fronteriza, donde identificó una serie de inconsistencias de suma relevancia en la construcción de la obra, refiriéndose a los aspectos técnicos.

Se pudo encontrar la inexistencia de drenajes adecuados para encauzar el caudal de lluvia, situación que puede provocar un desgaste prematuro de las obras ya

realizadas. Se desconoce si se habrán realizado estudios de suelo; sin estos estudios se podría comprometer la capa de base colocada por una contaminación prematura del agregado, indica el informe.

Según la investigación, realizada por ocho ingenieros de diferentes ramas, el proyecto no contó con planos ni estudios preliminares que señalaran el trazado para abrir el camino, ni cuáles debían ser sus características. El gobierno, advierte el CFIA, deberá invertir mucho más dinero en las obras y apurar la construcción de -al menos- cuatro puentes bien estructurados.

Imputados señalan como ‘autores intelectuales’ a altos jerarcas del Gobierno.

Carlos Acosta, ex director del CONAVI, Miguel Ramírez y Manuel Serrano – ambos ingenieros de la entidad y supervisores de la Trocha-, aseguraron que las órdenes que se ejecutaron venían de una comisión de alto nivel, formada por jerarcas como el ex ministro de Obras Públicas Francisco Jiménez y el vicepresidente de la República Luis Liberman.

Acosta, Ramírez y Serrano fueron detenidos el miércoles anterior por la Fiscalía de Probidad, Transparencia y anticorrupción, para ser indagados por su responsabilidad en la Trocha. En la indagatoria, Acosta recalcó que, efectivamente, las órdenes venían de Jiménez y Liberman.

‘...Las órdenes correspondientes me eran giradas ya sea por el señor Vicepresidente o por el Ministro Jiménez. Sobre esto no se levantaba ninguna acta. En relación con la trocha nunca me reuní con esta comisión con ellos en pleno...’, dijo el ex director de CONAVI, quien fue detenido el pasado miércoles y quedó en libertad y sin medidas cautelares el sábado al ser las 3:35 a.m...»<sup>22</sup>

Pero no solo la infraestructura vial pide auxilio a gritos, existen grandes problemas en infraestructura hospitalaria.

---

<sup>22</sup> Soto, J. Jimena Soto (17 de diciembre 2012). La Trocha: recuento del escándalo tico del 2012. Recuperado de: <http://www.crhoy.com/la-trocha-recuento-del-escandalo-tico-del-2012/>.

### 1.3 Ejemplo No. 3: Crisis en la infraestructura hospitalaria

“Claridad en la CCSS, la clausura de seis quirófanos del San Juan de Dios y la posibilidad de un déficit de ¢41.000 millones siembran inquietud sobre la CCSS.

La institución debe hablar claro, desplegar esfuerzos para disipar las dudas y señalar los problemas

¿Por qué fue necesaria la decidida intervención del Ministerio de Salud para dar la razón a los médicos del San Juan de Dios sobre el calamitoso estado de seis salas de cirugía? ¿No estaba la inspección de la infraestructura en sus propios hospitales al alcance de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)? ¿Difieren la Caja, los médicos y el Ministerio sobre las condiciones mínimas de un quirófano?

Salud cerró las seis salas de cirugía donde las paredes filtran agua, los cielorrasos exudan humedad, los cables eléctricos representan un serio riesgo y el sistema de aire acondicionado tiene dos décadas a cuestas. Los médicos venían advirtiendo la calamidad desde hace tiempo, pero no fueron escuchados. Entonces, se negaron a hacer cirugías programadas. La medida afecta a 14.039 pacientes en lista de espera, pero la Caja no dejó alternativa. Los médicos deben velar, en beneficio de los pacientes, por las condiciones de los quirófanos.

Según la carta suscrita por 18 jefaturas médicas del Hospital, además, de los problemas apuntados, los vestidores y sanitarios son “insalubres”, un juicio de especial gravedad dada la materia de que se trata y la autoridad de los firmantes. La Caja, sin embargo, minimizó las protestas y criticó la actitud de los médicos, acusándolos de lesionar “el principio de continuidad de los servicios”.

A renglón seguido, la entidad admitió conocer la situación de los quirófanos desde el 2007 y recordó a los médicos, tan impacientes, que los proyectos de mejora del San Juan de Dios están en pleno desarrollo. La remodelación de los quirófanos está programada para dentro de año y medio. Si la programación de la Caja no varía, la institución resolverá el urgente problema en unos seis años a partir de la fecha en que conoció de su existencia.

La intervención del Ministerio de Salud podría sacar a la Caja de su parsimonia. El 10 de marzo, el Ministerio ordenó clausurar seis de las quince salas de operación del



Hospital, por lo tanto, dio la razón a los médicos y puso a la Caja en jaque. La institución se ha lanzado a una apresurada búsqueda de soluciones temporales, incluida la posibilidad de utilizar quirófanos de hospitales cercanos, pero el incidente dice mucho de los problemas de la seguridad social en el país.

El caso de los quirófanos del San Juan de Dios salta a la vista casi simultáneamente con la revelación de una auditoría interna que prevé un déficit de ₡41.000 millones este año. La falta de liquidez, según los auditores, podría poner en riesgo los servicios de salud. El estudio echa de menos “suficientes acciones de la Gerencia Financiera’ para enfrentar el panorama financiero actual”. Las deudas con los proveedores, el déficit proyectado y la deuda estatal de ₡110.000 millones “reflejan que la Caja Costarricense de Seguro Social se encuentra en una situación financiera que debe ser subsanada en forma inmediata e impostergable”, concluye la auditoría.

Al informe le falta debate y la posible relación entre sus hallazgos y las deficiencias de infraestructura en el San Juan de Dios no ha sido establecida, pero la Caja viene dando señales inquietantes, que no se restringen a los servicios de salud. El debate en torno al régimen de pensiones –invalidez, vejez y muerte– también ocupa un lugar central en la agenda nacional y es objeto del análisis de una comisión legislativa.

La institución debe hablar claro, desplegar esfuerzos para disipar las dudas y señalar los problemas. El caso de los quirófanos y la extrema intervención del Ministerio de Salud no indican la voluntad de hacerlo.

La función de la CCSS en la sociedad costarricense y las expectativas cifradas en ella ameritan absoluta transparencia.”<sup>23</sup>

Evidentemente, estos tres ejemplos, son solo la punta del Iceberg, pues la cantidad de casos que se podrían poner para ilustrar el mismo fenómeno son muchos. Sin embargo, creemos que estos ejemplos serán suficientes para efectos ilustrativos de la tesis que acá se ha defendido y que tiene que ver, repetimos, con la ineficiencia estatal para ejecutar obra pública.

Por el énfasis del presente trabajo de investigación se introdujo el estudio de la Administración Pública con la crisis que afronta en la infraestructura y su capacidad

---

<sup>23</sup> Claridad en la CCSS. (15 de marzo de 2011). *La Nación*. Recuperado de: <http://www.nacion.com/2011-03-15/Opinion/Editorial/Opinion2714237.aspx>.

de combatirla y para comprenderlo a continuación se estudiarán los más relevantes de la Administración Pública.

## ***Sección II. Definición de Administración Pública***

La Administración Pública debe ser estudiada y definida desde diversos ángulos, sin embargo, si se busca darle una definición al concepto de Administración Pública, el jurista Ernesto Jinesta lo define de manera sencilla de la siguiente manera “Es el conjunto de entes públicos que conforman la organización administrativa de un ordenamiento jurídico determinado.”<sup>24</sup>

Desde la óptica formal, se puede decir que la administración pública es la entidad que se encuentra investida de la competencia para administrar los bienes públicos a merced de la satisfacción de las necesidades de los intereses generales, mientras que desde una óptica material, se entiende como la actividad propiamente de este organismo y de la gestión que realiza para asegurar su misión, que se reitera es la satisfacción del bien común.

Es importante también aclarar que es irrazonable definir la administración pública como un objeto singular, sino que más bien se debe tener claro que la administración pública viene a ser la unión de pequeñas administraciones públicas. En la siguiente sección se desarrollará la organización administrativa de estas administraciones públicas.

---

<sup>24</sup> Ver Jinesta, E. (2006) *Tratado de Derecho Administrativo*. (1º ed.) Tomo I, San José, Costa Rica. Pág 32.

### ***Sección III: Organización de la Administración Pública***

Se requiere de una división en distintos órganos para lograr una función de la Administración Pública eficiente y eficaz, los cuales cuenten con competencias específicas para así distribuir entre todos las múltiples funciones de la Administración y lograr la satisfacción de las múltiples necesidades de los administrados. Como dice el refrán popular “El que mucho abarca poco aprieta”. Es por ello que se hace necesaria la existencia de diferentes entes, creados por el Estado y a los cuales se les atribuya fines y competencias específicas.

Esta organización se encuentra plasmada en nuestras normas, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley General de Administración Pública establece: *“La administración Pública estará constituida por el Estado y los demás entes públicos cada uno con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado”*, en concordancia, el Código Procesal Contencioso Administrativo, en su artículo 1 inciso 3 expresamente dice que se entenderá por Administración Pública: *“ a)La administración Central, b) Los Poderes Legislativo Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones cuando realicen funciones administrativas, c)La administración descentralizada, institucional y territorial y las demás entidades de Derecho público.”*

De acuerdo con lo anterior, es adecuado dividir para su estudio a la Administración Pública en:

#### **3.1.- Administración Pública Central**

La administración central es lo que se conoce como Estado, tiene competencia en todo el territorio nacional y está encargado de la satisfacción de los intereses y necesidades de toda la población nacional. Para lograr esta labor tiene la potestad de crear otros órganos para su apoyo y para la distribución de funciones.

#### **3.2.- Administración Pública Descentralizada**

Estos son creados por un acto de Imperio del Estado, mediante la propia Constitución Política o mediante la creación de alguna Ley. Generalmente son creados para que se

encarguen de la consecución de ciertos fines específicos y liberar un poco de responsabilidades al ente público mayor.

Además, tiene la función de que cada órgano de estos se especialice en la persecución de algún o algunos fines específicos.

Sin embargo, es importante resaltar que la Administración Central va a ejercer sobre estos entes siempre una tutela administrativa, esta tutela se basa en una relación de confianza, pero siempre orientando las funciones que tenga el ente público menor para evitar que se den intereses contrapuestos dentro de la Administración Pública. La tutela administrativa se basa en cuatro potestades que va a tener el Estado frente a los entes públicos menores y estos son: 1.- La planificación o programación. 2.- La dirección. 3.- La coordinación y 4.- El control.

Ernesto Jinesta Lobo, hace una clasificación ejemplarizante de entes públicos menores de la siguiente manera: “De carácter territorial (municipalidades), institucional (instituciones autónomas y semiautónomas) y corporativos (colegios profesionales y corporaciones productivas).<sup>25</sup>

### 3.3 Entes Públicos No Estatales

Se ha utilizado esta clasificación indiscriminadamente en nuestro ordenamiento, según el jurista Ernesto Jinesta, principalmente para los entes que él clasifica dentro de la administración pública descentralizada corporativa.

Pero en general se plantea que estos entes no se enmarcan dentro del Estado, por lo que se admite que no integran la Administración Pública, pero que están sujetos en mayor o menor medida a un régimen de derecho público en razón de las funciones que desempeñan, pues el legislador les ha confiado una serie de competencias en forma expresa. En ese sentido, son titulares de una serie de potestades administrativas, pero se considera que sus fines son de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado. Lo anterior se explica al tomar en cuenta que una característica propia y distintiva del ente público no estatal es que reside sobre

---

<sup>25</sup> Ídem. Pág 35.

una base asociativa, de modo que los intereses que están llamados a tutelar son de carácter grupal o gremial, en donde existe de parte del Estado un legítimo interés en su tutela, aunque, por naturaleza, el ejercicio de esta tutela no la asume directamente, aunque sí la puede supervisar. Asimismo, por tratarse de entes que usualmente representan y defienden intereses de cierto sector económico y productivo o de un determinado gremio sus recursos generalmente provienen de las cuotas que pagan los propios asociados y de ciertas contribuciones que son impuestas y reguladas por ley, en cuyo caso los fondos poseen naturaleza parafiscal.

Se trata de entidades de base asociativa, de ahí que presentan un carácter corporativo. Generalmente la dirección superior de este tipo de corporaciones reside en una asamblea general –conformada por los miembros unidos por un interés común o de gremio– asamblea que en su posición de órgano superior define lo relativo a la política y administración del ente. Es decir, son los propios miembros de la corporación quienes toman las decisiones fundamentales para la actividad del ente y la junta directiva cumple un papel de ejecutor de las políticas adoptadas por la asamblea.

La Procuraduría General de la República en una Opinión Jurídica 113-J del 29 de setiembre de 1999 concluye que “En conclusión, los entes públicos no estatales son aquellos que ejercen una función administrativa, a pesar de que no pertenecen al Estado y están fuera de su órbita y, por ende, en uso de las potestades públicas emiten actos administrativos, por lo que están sujetos a los principios, institutos y normas del Derecho Administrativo, en especial a los de legalidad y del control jurisdiccional de sus actuaciones.”

#### ***Sección IV: Descentralización y Autonomía de los Entes Públicos***

Muy ligado a la clasificación de la Administración Pública establecida anteriormente y de suma importancia para los posteriores capítulos, es establecer que es la descentralización y como de esta se derivan diferentes grados de autonomía, según la naturaleza jurídica del ente público que se estudie.

Ante la imposibilidad del Estado de tener el solo la capacidad de gestión y satisfacer la necesidad de toda la población y los diferentes intereses públicos, nace la descentralización. Como ya se vio, existen entes públicos menores del Estado, por lo que se entiende como descentralización cuando el Estado transfiere a estos entes la titularidad y ejercicio de las competencias de la Administración Pública Central a las Administraciones Públicas menores, sin que exista una relación de jerarquía entre ellas, únicamente media la “Tutela Administrativa”. Es indispensable para que se hable de descentralización, una transmisión de las competencias del ente mayor al menor y a su vez una disminución de las facultades de control o vigilancia del ente público mayor sobre el menor.

En el dictamen 048-93 de la Procuraduría General de la República, del 6 de abril de 1993, se expone de manera clara los principales aspectos a tener en cuenta sobre la descentralización, de la siguiente manera:

*“La descentralización es una técnica de organización de las competencias administrativas, que permite el traslado permanente de funciones. Implica una voluntad política de especializar el cumplimiento de ciertas tareas públicas.*

*Un ente es descentralizado en la medida en que el legislador -es decir el Estado la crea- le concede: personalidad jurídica y autonomía patrimonial, para el cumplimiento de un fin público.*

*Lo primero se traduce en la atribución a título último, definitivo y exclusivo de una competencia administrativa. Implica el rompimiento del vínculo jerárquico con la Administración Central, con la cual permanece unido por la vía del control.*

*La norma jurídica que le otorga personalidad al ente, transfiere una competencia del Estado a un ente público menor, quien tendrá poder de decisión propia en su esfera de actuación. Constituye pues, un descongestionamiento del Poder Central.*

#### 4.1. La Autonomía y sus diferentes grados:

La autonomía se encuentra en una posición inversa a la tutela administrativa, en cuanto a que entre más autonomía posea un Ente, menor tutela administrativa podrá ejercer el Estado sobre este y viceversa, lo que quiere decir que al existir distintos grados de tutela que podrá tener el Estado sobre un ente, nos va a dar como resultado los diferentes niveles de autonomía de estos entes frente al Estado.

El Jurista Ernesto Jinesta, expone la clasificación de la autonomía en tres grados<sup>26</sup>:

4.1.1.- Primer Grado de Autonomía (administrativa o mínima): definida como una Autarquía, es el grado más bajo de autonomía y consiste en poder auto-administrarse. Dispone de sus recursos humanos, materiales y financieros, de la manera en que sus propios jerarcas lo establezcan pertinente para lograr la máxima potencialización de los mismos y lograr el cumplimiento de los fines para los que fue creado.

Al ser este nivel de autonomía el más básico, si la norma de creación del ente fuera omisa en indicar cuál grado de autonomía tiene se entenderá que tiene este primer grado.

Ejemplos de este grado de autonomía son las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado.

4.1.2.- Segundo Grado de Autonomía (política, de gobierno o media): en esta el ente además, de disponer de sus recursos, tiene la posibilidad de auto dirigirse y auto gobernarse políticamente. En este grado el ente público fija sus propios fines y objetivos a seguir así como los medios para lograr la consecución de dichas fines. El Estado no puede intervenir en estas decisiones por medio de su potestad de Tutela Administrativa.

Ejemplo de este grado de autonomía son la Municipalidades y por especial establecimiento en sus leyes de creación, la Caja Costarricense de Seguro Social y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

---

<sup>26</sup> Ídem. Pág 43.

4.1.3.- Tercer Grado de Autonomía (organizativa o plena): En este nivel de autonomía el ente público tiene la facultad de crear su propia organización fundamental, definiendo sus órganos fundamentales, su constitución y reparto de funciones, separándose de la ley ordinaria. Este grado de autonomía al ser tan alto, debe ser otorgado exclusivamente por la Constitución Política. En nuestro país ejemplos de entes con este grado de autonomía son las cuatro universidades públicas (UCR, UNA, UNED e ITCR), según el artículo 84 de la Constitución Política se rigen por sus propios estatutos Orgánicos.

#### ***Sección V: Bienes de Dominio Público***

Es importante iniciar esta sección aclarando que no todo bien que sea propiedad del Estado debe considerarse como un bien de dominio público.

Nuestro Código Civil, en el artículo 261, deja en claro esta diferencia entre bien público y bien de dominio público, estableciendo lo siguiente:

*“Artículo 261:- Son cosas Públicas las que, por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de la utilidad general y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o las Municipios, quienes para ese caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier persona.”*

Además, nuestra Constitución Política en su artículo 121 inciso 14, deja claro la existencia de los bienes públicos, cuando dentro de las atribuciones de la Asamblea Legislativa impone la siguiente:

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



*No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:*

*a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;*

*b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;*

*c) Los servicios inalámbricos.*

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

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

Bajo esta misma tesis La Sala constitucional ha desarrollado esta diferencia en el texto de la sentencia número 2306-91 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991, la cual menciona lo siguiente:

*“Los bienes propiedad de los entes públicos pueden ser de dos clases: bienes demaniales y bienes privados de la Administración. La pertenencia de un bien a una u otra clase determinada de régimen jurídico aplicable. Los bienes patrimoniales del Estado son aquellos que siendo bienes de titularidad pública, en principio, no están afectos a utilidad pública y se regulan por el régimen de derecho privado, salvo algunas modificaciones. De allí la importancia de establecer cuando se está ante bienes demaniales y cuándo ante bienes patrimoniales de la*

*Administración. El artículo 261 del Código civil señala que: "Son cosas Públicas las que, por ley están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de la utilidad general y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o las Municipios, quienes para ese caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier persona." En efecto, para considerar un bien como demanial se requiere la existencia de una ley que lo afecte al cumplimiento de un fin público, o bien que la cosa en sí misma sea considerada de uso público, como una calle, un puente, un parque, entre otros. El Estado es propietario de una serie de bienes, sobre los cuales se ejerce directamente su derecho pleno. Estos bienes se caracterizan por su exclusiva titularidad y porque tienen un régimen jurídico especial: integran la unidad del Estado y junto con su organización política, económica y social, persiguen la satisfacción – en plano de igualdad- de los intereses generales; su objetivo final es alcanzar, plenamente el bien común, es esta la principal razón para justificar la existencia de un impedimento, por lo menos en principio, para la libre disposición de esta categoría de bienes. El régimen especial que los cobija, sin embargo, no alcanza por igual a todos los bienes públicos; la mayor, menor o inexistente cobertura dependerá del tipo de bien de que se trate."*

En concordancia con lo anterior el jurista Belisario Villegas además, clasifica los bienes públicos en tres grupos o categorías: a.- Bienes de Dominio Público, b.- Dominio Privado o bienes fiscales de la Administración y c.- Patrimonio Financiero

o Hacienda Pública compuesto por el presupuesto, las participaciones accionarias del Estado en empresas, los bonos y otros créditos.<sup>27</sup>

Para efectos del presente trabajo de investigación es esencial profundizar en definir que es el DOMINIO PÚBLICO.

Belisario Villegas, establece que los bienes de dominio público son todos aquellos que posee el Estado y los destina al disfrute de toda la comunidad y que son utilizables para obtener beneficios para todos los ciudadanos, de manera directa o indirecta, de manera más concreta el jurista señala:

*“Estos bienes surgen por causas naturales (ríos y sus riveras, arroyos, lagos, costas y playas de mares, mar territorial, lagos navegables, mares interiores, etc.) o artificiales (calles, puertos, carreteras, puentes, canales de riego, plazas, parques, museos, bibliotecas, jardines botánicos y zoológicos, en fin toda obra pública construida para utilidad o comodidad común). Atento a su destino los bienes mencionados no pueden ser objeto de apropiación privada (son inalienables o imprescriptibles). Ello surge explicado por su destino de uso común, en virtud de lo cual, su apropiación por ciertos particulares con exclusión de los demás, ocasionaría perjuicio a la comunidad.*

*Por regla general, la utilización de estos bienes por los particulares es gratuita, pero en ocasiones especiales el Estado puede exigir el pago de sumas de dinero para su uso particularizado, lo cual se materializa en forma de concesiones o autorizaciones de uso, permisos, derechos de acceso o visita, etc. (Sarría, Derecho Administrativo, t II, p.90: Bielsa, Derecho Administrativo, p.706: Ramírez Cardona, sistema de hacienda pública, p.283). Esa*

---

<sup>27</sup> Villegas, H.E. (2009). *Curso de Finanzas, Derecho financiero y Tributario*. (9º ed., 2ª reimpresión). Buenos Aires, Editorial Astrea. Pág 68.

*alteración de gratuidad puede ser ejercida por el Estado en virtud de su poder de imperio.”<sup>28</sup>*

En palabras sencillas, se puede definir como bienes de dominio público aquellos bienes que se encuentran fuera del comercio y se encuentran revestidos de dos características principales: inalienables (que a su vez los hace intrasmisibles e inembargables) y la imprescriptibilidad.

Estos bienes están destinados para un disfrute común de los todos los ciudadanos.

### 5.1 Naturaleza Jurídica del Dominio Público:

Jorge Enrique Romero define el Dominio Público como el “Conjunto de bienes (de la naturaleza que sea), subordinado a un régimen jurídico especial de derecho público, sustraído al comercio privado y destinado al uso de la colectividad. Se trata de un tipo de propiedad estatal regulada por este derecho.”<sup>29</sup>

El Tribunal Contencioso Administrativo, sección VII, en la sentencia 35-2009 lo define de la siguiente manera:

*“SOBRE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO: (...). Sobre el tema, la Sala Constitucional ha expresado: / —II.- EL CONCEPTO DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LOS MEDIOS JURÍDICOS PARA INTEGRARLO.- Por dominio público se entiende el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además, de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda*

---

<sup>28</sup> Ídem.

<sup>29</sup> Romero, J.E. (1997). *Dominio Público*. Algunas Notas. Revista de Ciencias Jurídicas. (85): 63 – 83. Setiembre – diciembre

*hacer de ellos . La doctrina reconoce el dominio público bajo diferentes acepciones, como bienes dominicales, cosas públicas, bienes públicos o bienes demaniales. Sobre este concepto la Sala expresó en su Sentencia No. 2306-91 de las 14:45 horas del seis de noviembre de mil novecientos noventa y uno lo siguiente: / —El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa (...)*”

La Sala Constitucional confirma esta definición en la sentencia número 2306-91 mencionada anteriormente, estableciendo que:

*“El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que*

*invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio... en consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres... ”*

De lo anterior se concluye que el dominio público se encuentra revestido de las siguientes características básicas:

- a. Está compuesto por un conjunto de bienes (Los cuales pueden ser tangibles, como carreteras, o intangibles como las ondas electromagnéticas) y estos bienes son propiedad del Estado.
- b. Estos bienes se encuentran regidos por un régimen jurídico especial, diferente del que rige en el derecho privado.
- c. Estos bienes se encuentran fuera del comercio de los hombres en virtud de su régimen especial.
- d. Por mandato del legislador o por su propia naturaleza y fines a perseguir dichos bienes se encuentran destinados al uso de la colectividad.

#### ***Sección VI: Contrato de Concesión de Obra Pública como procedimiento de contratación administrativa tradicional para la inversión en infraestructura pública***

Ante la ausencia de recursos económicos y ante la ausencia de conocimientos técnicos necesarios para desarrollar las obras públicas, el Estado ha tenido que buscar los mecanismos necesarios para que esas obras sean desarrolladas por empresas privadas que si cuentan con esos recursos, por lo que ha venido utilizando el procedimiento de concesión de obra pública para el cumplimiento de estos fines.

En la doctrina costarricense, el doctrinario Jorge Enrique Romero Pérez define la Concesión de Obra Pública como:

*“...aquel contrato que realiza la Administración, para la contratación, montaje, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o destinados a un servicio público...”<sup>30</sup>*

Según la legislación costarricense, la concesión de obra pública es definida en la Ley General de Concesión de Obras Pública con Servicios Públicos, en uno de sus artículos, más específicamente en el artículo 1:

*“... 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...”*

Se puede desprender de la norma que a la concesión pública se le reconoce un carácter meramente contractual. En este sentido, puede decirse que es considerado un contrato de los que se clasifican como “administrativos”, del cual se desprende, que es un contrato realizado entre la Administración Pública y una persona física o jurídica ya sea de derecho público o privado y siempre atendiendo a la satisfacción del interés público que se persigue y al compromiso de una contraprestación.

<sup>30</sup> Romero, J.E. (1989). *Los Contratos del Estado, medios de selección del contratista público*. San José: editorial, UNED. Pág 14.

En concordancia con lo anterior el jurista Álvaro Quirós Sánchez manifiesta que “... *La corriente predominante concibe la concesión de obra pública como un contrato del Estado “administrativo” tomando en cuenta que por libre acuerdo de voluntades se define el régimen económico financiero del proyecto empresa en concesión...*”<sup>31</sup>

#### 6.1 Características de la concesión pública:

Definida la concesión pública con un carácter contractual, se puede definir cuáles son las características de este contrato administrativo:

a.- Bilateral: Existe una pluralidad de sujetos, se cuenta con, el concedente, el concesionario y los usuarios, cada uno con derechos y obligaciones que le son otorgados por ley y por los principios generales del derecho administrativo.

- **El concedente:** Es considerado como “... *el sujeto activo de la relación concesional. Activo en cuanto a que este es el ente titular de las funciones, derechos y poderes públicos que transfiere al particular Concesionario. Generalmente el concedente es un ente Público administrativo, sin embargo, algunos autores señalan que en ciertos casos la concesión puede ser otorgada por un poder público no administrativo; tal sería el caso de las otorgadas por el poder legislativo...*”<sup>32</sup>

El concedente siempre será un ente de la Administración Pública, quien tiene la titularidad sobre el objeto o bien de la administración pública que será dado en concesión.

Derechos del concedente: La Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público en adelante (LGCOPSP), en el artículo 15 se cita cuáles son los derechos de los Concedentes, entre los cuales están:

“...a) Modificar, por razones de interés público, las características de las obras concesionadas...”

---

<sup>31</sup> Quirós, A.J. (2005). *Teoría de la Concesión de Obra Pública en Costa Rica*. Public Work Concession Theory in Costa Rica. San José: editorial Universidad Panamericana. Pág 87.

<sup>32</sup> González. A (1965). *La concesión: acto administrativo creador de derechos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 654. Págs. 29-30



Le compete como uno de sus derechos a la Administración concedente, realizar las modificaciones que le resulten necesarias y fundamentales para lograr proteger el interés público.

“...b) Acordar, respetando las reglas del debido proceso, el rescate de la concesión, cuando así lo impongan razones de interés público. En los casos de los incisos b), c) y d) del artículo 60.1, antes de entrar en posesión de la concesión rescatada, la administración concedente deberá indemnizar al concesionario, de conformidad con el artículo 63 y el contrato de concesión, por los daños y perjuicios causados, cuya determinación se podrá realizar mediante la aplicación de la cláusula arbitral, citada en el artículo 39 de esta Ley. En los casos en que se recurra a un proceso de arbitraje, se aplicará lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 63 de esta Ley...”

Tiene derecho la Administración concedente, a recuperar la concesión cuando lo considere necesario en pro del interés público, desde luego respetando el debido proceso, permitiendo que el Concesionario interponga sus objeciones y haga valer sus derechos, de modo que no le está permitido a la Administración actuar de modo arbitrario.

Obligaciones del Concedente: Se encuentran establecidas en el artículo 16 de la LGCOPSP y son las siguientes:

*a) Fiscalizar, permanentemente, toda construcción y explotación de obras y servicios concesionados, de acuerdo con el programa de construcción y mantenimiento de las obras o el reglamento del servicio, de conformidad con el cartel de licitación y el contrato de concesión.*

*b) Realizar los avalúos y tasaciones pertinentes, para comprobar los perjuicios causados al concesionario, en caso de imposibilidad de cumplimiento de la Administración concedente.*

*c) Recomendar al Ministerio de Hacienda el otorgamiento de los beneficios tributarios referidos en el artículo 44 de esta ley, cuan el concesionario los solicite.*

*d) Conceder una ampliación del plazo para la terminación de las obras, en situaciones debidamente comprobadas por casos fortuitos, fuerza mayor o incumplimiento de las propias obligaciones.*

- e) *Las demás obligaciones determinadas por esta ley o derivadas del contrato de concesión.*
- f) *Remitir, semestralmente, a la Comisión Permanente Especial para el Control del Ingreso y el Gasto Públicos de la Asamblea Legislativa, un informe acerca de la concesión.*”

- **El concesionario:** Definido como “...*el sujeto pasivo de la relación, en cuanto que es este quien recibe de la administración concedente, aquellos derechos, poderes y funciones. Tales derechos y poderes pueden ser preexistentes y pertenecer a la administración, en cuyo caso la concesión es traslativa, o pueden ser derechos constituidos “ex novo” a favor del Concesionario por la administración, en cuyo caso estaríamos en presencia de una concesión constitutiva...*”<sup>33</sup>

Al concesionario en el contrato de concesión se le trasladan las potestades con que goza la administración pública con respecto de los bienes de dominio público de los que sea titular, pudiendo en virtud de construir una obra nueva, destruirlos, modificarlos (reparar, ampliar. etc), conservarlos o restaurar los preexistentes.

Derechos del concesionario: La LGCOPSP, en el artículo 17 se cita una serie de derechos de los Concesionarios, entre los cuales están:

“...a) Contar con la ejecución plena del contrato y la colaboración de la Administración concedente, para cumplir los objetivos del contrato...” Es decir que le corresponde al contratista llevar a cabo la totalidad de la obra para la cual fue contratado y para eso, requiere de la cooperación de la Administración, de modo que esta no debe desentenderse de los asuntos de la concesión de obra.

“...b) Ser resarcido íntegramente por la lesión patrimonial causada a la obra o el servicio como consecuencia de la modificación impuesta por la Administración concedente, por razones de interés público...”

---

<sup>33</sup> Saborío, J.A. (1994). El contrato de Concesión de Obra Pública, San José, Costa Rica. Pág 17.

Hay que resaltar que este derecho del Concesionario a la indemnización es por cualquier cambio patrimonial negativo, causado por la propia Administración, cuando esta haya actuado en procura de salvaguardar el interés público; si dicho cambio negativo, fuere producido por el mismo sujeto Concesionario tendría que asumir la responsabilidad de sus actos.

“...c) Solicitar ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo...”

Se deja establecida la posibilidad de solicitar una modificación del contrato, siempre y cuando se demuestre que el contrato original causaría un perjuicio al concesionario, por circunstancias ajenas a este.

“...f) Acogerse a los beneficios tributarios...”

Tendrá derecho a acogerse a ciertos beneficios tributarios que establece la ley, en forma de incentivos fiscales.

“...g) Recibir la ampliación del plazo para terminar las obras...”

Esto en caso de que se demuestre alguna imposibilidad de cumplimiento, que no sea imputable al concesionario.

Obligaciones del concesionario: Las obligaciones del concesionario se encuentran establecidas en el artículo 18 de la LGCOPSP y son las siguientes:

*“a) Cuidar, reparar y mantener la obra y todos los bienes de la concesión, así como prestar el servicio público, conforme a esta ley, su reglamento y el contrato de concesión. En caso de incumplimiento, se impondrán las sanciones y multas determinadas en el cartel de licitación.*

*b) Permitir y facilitar, a la Administración Pública, la prestación de los servicios públicos que brinde directamente.*

- c) Adquirir los bienes inmuebles o los derechos que, según el cartel, se necesiten para cumplir el objeto de la concesión. Cuando sea imposible por razones no imputables al concesionario, la Administración concedente procederá al trámite de expropiación, por el procedimiento estatuido en la Ley de Expropiaciones, No. 7495. El pago de las indemnizaciones que correspondan deberá ser depositado, en favor de la Administración concedente, cuando se le requiera al concesionario. El incumplimiento del depósito se considerará falta grave.*
- d) Acatar las disposiciones de la Administración concedente, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan a su favor.*
- e) Indemnizar por los daños y perjuicios que se ocasionen a terceros como consecuencia de la ejecución de la concesión.*
- f) Mantener los registros contables de conformidad con las normas estipuladas en el contrato de concesión, en la estructura tarifaria o en su defecto, de conformidad con las normas internacionales de contabilidad.*
- g) Cumplir los compromisos financieros contraídos con la Administración concedente y derivados del otorgamiento de concesión.*
- h) Las demás obligaciones determinadas en esta ley o derivadas del contrato de concesión.”*

- Los usuarios: Se puede ubicar a los usuarios como parte dentro de un contrato de concesión , ya que, la LGCOPSP, en su artículo 19 les otorga una serie de derechos, los cuales son los siguientes:

*“...a) Disfrutar de las obras y los servicios concesionados, de acuerdo con los principios generales de la concesión...”*

Es decir, que tienen derecho a disfrutar de las obras concesionadas con apego a los principios de continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad y generalidad.

*“...b) Presentar denuncias, peticiones o quejas ante la Administración concedente o las instancias administrativas correspondientes, con el objeto de que sus derechos e intereses sean tutelados con motivo de la concesión o prestación del servicio...”*

En caso de tener alguna inconformidad, pueden presentar sus alegatos ante la misma Administración concedente o ante las instancias administrativas correspondientes. Se trata del derecho a ser escuchados, ante cualquier disconformidad, en procura de mejorar la concesión y beneficiar a la generalidad de ciudadanos.

*“...c) Que los cobros por utilizar obras o servicios concesionados se rijan por esta ley...”*

Tienen derecho a que los cobros por utilizar la obra se rija por las disposiciones de la LGCOPSP, bajo el cumplimiento de los principios que la misma establece y que no sean establecidos los cobros de manera antojadiza por el Concesionario, de modo que no se den abusos por parte del Concesionario y se vea afectado el interés público.

La ley no establece obligaciones para los usuarios, pero en términos generales, se puede decir que es deber de los usuarios, disfrutar de manera adecuado de las obras públicas sin generar daños y sin impedir que otros también puedan gozar del pleno disfrute de la obra.

b.- Publicidad: en toda obra o servicio público la publicidad es un elemento esencial caracterizador, por el interés público que existe detrás del contrato. La publicidad es un elemento característico de todo contrato administrativo y por tanto también de las concesiones. El proceso del contrato implica un interés relevante para todos los ciudadanos, por lo que no se justifica el hecho de hacerlo de forma privada, sin que de una forma u otra sea fiscalizado por todos los ciudadanos, así como de no hacerse público, no podría participar algún sujeto interesado y se verían violentados los principios inmersos en toda contratación administrativa.

c.- Titularidad: El titular de la obra pública es siempre la Administración, aunque le transmita al Concesionario una serie de derechos y funciones, la dueña de la obra siempre va a ser la administración y no el sujeto Concesionario, resguardando con ello las obras públicas, para que las mismas sean aprovechadas por la colectividad y no así por un grupo privado de sujetos.

d.- Transferencia de la ejecución de la obra: Consiste en la transferencia de la prestación de la ejecución, conservación, mantenimiento y explotación de la obra pública, es decir, que se le transfiere dicha ejecución, para un determinado fin, esto de parte de la Administración a los Concesionarios, los cuales están constituidos por sujetos particulares (eventualmente, puede hacerse también a otra Administración Pública), quienes asumirán su labor de la mejor manera posible.

e.- Fiscalización y control: Implica que la Administración como sujeto concedente, dueña de la obra, aunque ceda derechos y atribuciones al sujeto concedente, conserva la potestad de control, vigilancia y supervisión de la obra, para asegurar así mismo la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de dichas obras públicas.

f.- Carácter *intuitu personae*: Considerada como una de las más significativas de la figura, pues la misma significa que la concesión se otorga a una persona física o jurídica, esto en atención a sus particulares cualidades, es decir, que el sujeto Concesionario, debe cumplir con una serie de requisitos y atributos, para que se proceda a realizar la concesión, de modo que de no cumplir con dichas expectativas, no se le dará en concesión la obra. Y por otra parte, se restringe severamente la libre transmisión de los derechos y obligaciones del contrato (a menos que la Administración así lo autorice), toda vez que la Administración contrató con un sujeto específico por sus características particulares.

g.- Temporalidad: Se refiere al tiempo de duración del contrato de concesión, el mismo es temporal, otorgado por un lapso determinado previamente en el contrato. Dicho plazo, puede ser a su vez prorrogado una vez finalizado el contrato y por último los bienes otorgados en concesión volverán a manos de la Administración.

h.- Variedad de formas de finalización de la concesión: La concesión puede finalizar de varias maneras, entre ellas de manera natural, es decir, por el vencimiento del término, tal y como está pactado en el contrato de concesión, o con anterioridad al vencimiento de este, por resolución del contrato en virtud de incumplimiento del Concesionario, por quiebra del Concesionario y por imposibilidad de cumplir con el objeto de la concesión, entre otras posibles causas.

i.- Modificación unilateral y rescate de las concesiones: La Administración concedente, tiene la potestad de modificar la prestación de la explotación de la obra, así como el rescate anticipado, esto por razones de interés público. Esta forma de extinción del contrato de obra pública se le llama “rescate”, se puede diferenciar de la revocación, según Dromi Casas, “... *por razones de oportunidad en que si la actividad ha de cesar, el medio extintivo es la revocación por razones de oportunidad, en cambio si la actividad ha de continuar a cargo del Estado, el medio es el rescate...*”<sup>34</sup>

Lo anterior, en pro del interés público, pues cuando la administración considera necesario tal cambio, está facultada para hacerlo, previa justificación del caso. En el caso del rescate anticipado, se pone fin al contrato anticipadamente (o la parte del contrato que corresponda) puede darse el caso de que se rescate la titularidad de los bienes de forma anticipada, sin que se concluya anticipadamente la explotación a cargo del Concesionario. En Costa Rica el rescate solo está regulado mediante norma reglamentaria. Se establece que debe estar motivado en el interés público; se determina mediante resolución razonada y mediante el debido proceso. Implica la indemnización al Concesionario de los daños y perjuicios provocados, que se determinarán mediante procedimiento arbitral. Pues al Concesionario hay que indemnizarlo por el lucro cesante, porque el derecho concedido se ha incorporado a su patrimonio y no puede venir a ser privado de él, cuando el mismo no haya incumplido sus obligaciones.

j.- Equilibrio económico y financiero del contrato: Como regla general el contrato se debe desarrollar bajo un equilibrio económico y financiero estable, pero podría darse

---

<sup>34</sup> Dromi, J.R. (1995). *Derecho Administrativo*. (4º ed.) Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1069. Pág 410.

el caso de que el titular, es decir, la Administración concedente, utiliza su potestad y altera el equilibrio financiero del contrato, en estos casos, el Concesionario tienen derecho a ser indemnizado por ese desajuste causado por la Administración, no sería justo que deba verse perjudicado por causas ajenas a sus actuaciones.

k.- Peaje o retribución: Aquí se debe entender peaje como “...*la percepción de una tasa por el uso de una determinada obra, destinada a costear su construcción y mantenimiento o sólo su mantenimiento o conservación...*”<sup>35</sup>. El Concesionario de la obra pública, percibe una retribución, mediante una tarifa (“peaje”) por la explotación de la obra durante un tiempo determinado, que pagan los usuarios o mediante el cobro de una suma de dinero que paga la Administración (que en ocasiones garantiza un ingreso mínimo al Concesionario).

Ya estudiada la formalidad del contrato de concesión pública como mecanismo tradicional en nuestro país para la construcción de infraestructura, se debe reconocer que debido a su mala aplicación como se vio con los ejemplos de la crisis que se atraviesa, este mecanismo no ha dado los mejores frutos y por el contrario se encuentra íntimamente ligado con la corrupción política.

Al respecto Carlos Jorge Rodríguez Dussán, se manifiesta en su artículo “Concesión con C de corrupción”, que dice lo siguiente:

*“Como si no fuera suficiente con todos los escándalos por corrupción que ha tenido que afrontar la administración Chinchilla, ahora resulta que la infraestructura vial también se le pone en contra a la primera presidente mujer de Costa Rica.*

*El famoso hueco de la General Cañas, nos viene a demostrar una vez más la ineptitud y simplicidad mental que ha reinado en nuestro país desde hace 20 años (si no es que más). Simplicidad que nos ha llevado a reaccionar ante crisis y no ha preverlas. Simplicidad que nos hace siempre buscar culpables con nombres y apellidos , pero*

---

<sup>35</sup> Ídem. Págs.408-409.



*no a cuestionar el sistema de concesiones con el cual se pretende construir un país desarrollado, porque ahora resulta que el Estado no puede construir ni una alcantarilla sin la ayuda de alguna empresa privada con importantes amigos en el gobierno.*

*Por años nos han tratado de convencer que el camino al desarrollo nace en la fusión entre el Estado y la empresa privada, siendo este último la llave para el crecimiento económico y el desarrollo; y convirtiendo al Estado en simple observador de todas las maravillas que el “libre mercado” puede darnos. No hay duda que la participación activa del sector privado dentro del crecimiento nacional en cualquier área es de suma importancia, no solo porque sirve de alivio en muchas áreas en las cuales el estado no logra dar abasto, sino porque es un sector que aporta en grandes cantidades a la innovación. Esto no debe llevarnos a pensar que nuestro desarrollo depende en su totalidad de la capacidad de la empresa privada de lograr ganancias, ya que, existen áreas en las cuales el margen de inversión y ganancia no puede ni debe ser medido en billetes; ejemplos son la educación, la salud y la seguridad.*

*Pero volvamos por un momento al monumental hueco de la General Cañas; el completo fracaso por parte de la entidad encargada del mantenimiento de nuestras vías (CONAVI) es obviamente resultado de la ineficiencia y falta de proyección que posee dicha entidad; sin embargo, el proceso y metodología de realizar toda obra pública y el mantenimiento de la misma por medio de concesiones a empresas privadas aumenta no solo el tiempo de respuesta sino que le abre las puertas a la corrupción y tráfico de influencias que tan galantemente nos ejemplifica el ministro Garnier y el vicepresidente Liberman.*

*Costa Rica y en específico el organismo estatal costarricense ha logrado construir un país y grandes obras de infraestructura tanto materiales como institucionales sin contar con motivo único el de las ganancias monetarias; sin embargo, la mentalidad de nuestros últimos gobiernos, es que la única manera de “parchar” una carretera, construir un puente, señalar las vías, etc. etc. es por medio de concesiones. Mentalidad que ha logrado que los mismos entes estatales encargados de las construcciones viales en el pasado ya no cuenten ni con la maquinaria necesaria para afrontar problemas de mantenimiento, ni con el personal capacitado para afrontar proyectos futuros, ejemplo más claro de esto es el puente de la platina, circunvalación y el desastre de la Trocha Fronteriza 1856.*

*Se puede argumentar que el modelo de concesiones es puesto en práctica, para lograr una mayor agilidad a la hora de desarrollar diferentes proyectos, alejando de las manos burocráticas gubernamentales obras que necesitan ser presentadas a corto plazo, como también se puede señalar que se ve una disminución y mayor control sobre el presupuesto que se maneja para dichos trabajos. El problema de las concesiones no solo es que en Costa Rica han tenido un record desastroso en sus resultados, tanto de calidad como de plazos de entrega, sino que se han convertido en una enorme fuente de corrupción, chantaje, clientelismo político y tráfico de influencias. Observando lo ocurrido en la trocha 1856, la carretera a Caldera, la reparación de la “platina” en el río Virilla por mencionar los más recientes, es bastante claro que la motivación primordial que tienen muchos de nuestro políticos como algunos medios de comunicación para fomentar dicha práctica, no es por el simple hecho que sea una buena*

*herramienta para el desarrollo sino un perfecto vehículo para robarle al Estado con impunidad.*

*Lo que más preocupa no es solo el continuo estado de corrupción que Liberación Nacional nos ha traído como regalo de sus continuas administraciones; sino la mentalidad de tratar como norma las concesiones públicas y sus primas cercanas las asesorías. La mayoría de medios de comunicación encabezados por La Nación, investigan, interrogan y persiguen a legisladores, alcaldes y funcionarios públicos, pero nunca llegan a cuestionar la normativa que ha facilitado la explosión de corrupción que tiene a las concesiones empantanadas en más de una polémica. Y es que medios corporativos con fines de lucro y dueños adinerados con diversos negocios aparte del de las comunicaciones, siempre van a manipular la información con el fin de ir minando la confianza pública en el Estado para establecer como un hecho que la empresa privada es la buena de la película, mientras que el gobierno, sus leyes y sus funcionarios no son más que corruptos, ineptos y retrógrados que simplemente existen para ponerle amarras a la libertad de los individuos a salir económica adelante.*

*Con el escándalo e indignación que ha causado la caverna de la General Cañas, la población mira al gobierno de Chinchilla por lo que es, una institución inepta y corrupta, sin rumbo alguno más que el simple clientelismo para con sus colaboradores y amigos. Los culpables tanto del hueco de la General Cañas, como los responsables por la trocha fronteriza deben ser no solo amonestados, se necesita sentar un precedente con todo funcionario público que olvidó para quien trabajaba y decidió ignorar procedimientos con la simple motivación de beneficiar a "amigos" en el sector privado. Al mismo tiempo cabezas de altos jerarcas TIENEN que rodar*

*(figurativamente), pero no podemos dejar que las cosas terminen ahí; necesitamos reordenar o simplemente eliminar las normativas, lineamientos y prácticas que le han facilitado a la empresa privada robarle al Estado, una de estas es el sistema de concesiones.*”<sup>36</sup>

En este primer título de la investigación se han desarrollado dos temas que parecieran no tener relación alguna, primero en el capítulo I se desarrolla la figura típica del derecho comercial, “El contrato de fideicomiso”, nacido en el ámbito del derecho privado y regulado en sus generalidades en nuestro país en el Código de Comercio, por otra parte, en el capítulo II se desarrolla lo que es la Administración Pública, los bienes con que cuenta, las facultades que tiene para administrar esos bienes y la fuerte crisis que enfrenta, dando énfasis al rezago en la infraestructura del país, además, estudiamos una pincelada del contrato de concesión pública, que fue visto en su momento como la salvación de la administración pública para poder invertir en infraestructura pública utilizando capitales privados, pero que no se obtuvieron los resultados esperados y se convirtió en un fracaso, no se logró resolver el problema.

Pero estos dos temas se encuentran fuertemente ligados y eso es lo que se va a estudiar a continuación en el Título II, como la Administración Pública tiene una nueva esperanza, y esta utilizar la figura del fideicomiso para enfrentar la crisis y poder invertir en infraestructura para el país.

---

<sup>36</sup> Rodríguez, C.J. Recuperado de: <http://revista-amauta.org/2012/07/concesiones-con-c-de-corrupcion/>

## **TÍTULO II. INCURSIÓN DEL FIDEICOMISO EN COSTA RICA COMO INSTRUMENTO PARA EL FINANCIAMIENTO DEL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA. MODALIDADES DE FIDEICOMISO.**

Se empieza en Costa Rica alrededor del año 1999, a incursionar en la utilización del contrato de Fideicomiso como mecanismo para la inversión en infraestructura, pero al ser un proceso de primicia en la utilización de esta figura, fue un proceso sigiloso, de aprendizaje, lo que llevó a que se desarrollaran diferentes etapas y modalidades del mismo.

El presente título se divide en tres capítulos, donde en cada uno de ellos se estudiará una modalidad distinta de los fideicomisos utilizados en nuestro país para la inversión en infraestructura.

De esta forma se tiene; el Capítulo I, en el que se desarrolla el fideicomiso de Titularización puro y simple; el Capítulo II, en el que se estudia la reforma al reglamento sobre Oferta Pública de Valores del cual nace la figura de Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública y un Capítulo III en el que se explica el Fideicomiso “Sui Generis” modalidad utilizada por la Universidad de Costa Rica, donde se examinará la experiencia de esta institución.

## **Capítulo I: Fideicomiso de Titularización en Costa Rica.**

Se va a desarrollar el fideicomiso de titularización puro y simple en el presente capítulo. Analizando la normativa que lo regula, las partes que lo componen y en fin el mecanismo como se desarrolla la obra a partir de esta figura. También se narrará como en los años 1999 el ICE emprende un proyecto, para introducir esta figura al país con el fin de construir plantas hidroeléctricas. Se estudiará la experiencia de esta institución así como la posición de la SUGEF, cuando otras instituciones públicas intentaron utilizar la figura y fracasaron.

### ***Sección I: Concepto de Titularización.***

La Contraloría General de la República, toma a consideración que la titularización se define como el proceso mediante el cual los flujos financieros, originados por una agrupación predeterminada de operaciones crediticias, se destinan una vez transformados a la emisión de valores negociables, atendidos con dichos flujos (Almoguera Gómez Ángel. La titularización Crediticia).

La misma se considera como una alternativa de financiamiento, que implica la emisión de títulos valores, respaldada por el valor o flujo proveniente de un portafolio o activo específico.

En el artículo 60 del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores se define la titularización de la siguiente manera:

“...el proceso de financiamiento que consiste en ceder incondicionalmente a un patrimonio separado, flujos de ingreso o un conjunto prefijado de activos y sus flujos de ingresos, actuales o futuros y la venta de estos paquetes a los inversionistas, en la forma de valores emitidos en forma estandarizada respaldados por esos flujos de ingresos o flujos de sus activos subyacentes”.

Entre los activos susceptibles de titularización se encuentran:

- Los títulos valores.
- Hipotecas.
- Prendas.
- Tarjetas de crédito.
- Flujos futuros provenientes de servicios masivos, tales como peajes, acueductos y otros provenientes de obras de infraestructura, etc.

La titularización, según Mario Carregal, contiene los siguientes principios:

- Numerus apertus.
- Venta real.
- Universalización o patrimonio inmune separado.
- Naturaleza negociable de los valores (abstracción)
- Ejecución rápida.

## ***Sección II: Participantes del proceso de Titularización***

**2.1 Originador:** Es la entidad que traslada o traspasa los activos objeto de titularización a un tercero. Por el tipo de activos que pueden ser objeto de titularización se ha observado internacionalmente que en los procesos de titularización las entidades originadoras trascienden a las entidades de crédito típicas y se extiende a otras entidades como son las aseguradoras, proveedoras de servicios, tarjetas de crédito, e incluso empresas suministradoras de servicios públicos se han constituido en entidades originadoras.

Este mecanismo ha sido utilizado para el financiamiento del desarrollo de proyectos de infraestructura, titularizando los flujos futuros, que una vez construida dicha obra se vayan a generar.

**2.2 Vehículo de titularización:** En todo proceso de titularización se crea un vehículo, al cual se aportan los activos a titularizar y contra los cuales se emiten títulos valores a ser colocados en los mercados financieros para la captación de recursos.

Este vehículo puede adoptar distintas figuras, siendo la característica fundamental el que el vehículo de titularización separa los activos del patrimonio del cedente y consecuentemente estos activos quedan aislados de posibles acciones y reclamaciones contra esa entidad.<sup>37</sup>

**2.3 Administrador:** Es la entidad que administra los activos financieros titularizados y la que gestiona la emisión de valores con el respaldo de dichos activos y su amortización. De acuerdo con reglamentación vigente en nuestro medio podrían actuar como administradoras las entidades autorizadas a fungir como fiduciarias y las sociedades administradoras de Fondos de Inversión, según lo indicado anteriormente.<sup>38</sup>

Ahora bien, específicamente el fideicomiso de titularización: consiste en que el fideicomitente entrega cualquier tipo de bienes al fiduciario. Acto seguido, el fiduciario, tomando en cuenta el valor real de ellos, procede a la emisión de títulos valores<sup>39</sup> y los coloca en el mercado primario a través de la Bolsa Nacional de Valores o por ventanilla. Los recursos que se captan, se trasladarán al fideicomitente o se destinarán a los fines previstos en el contrato<sup>40</sup>.

Para poder llevar a cabo un contrato de fideicomiso de titularización las partes deben tener los siguientes requisitos, según el ROPV en su artículo 95, que son los que se estudiarán de seguido.

---

<sup>37</sup> Instituto Iberoamericano del Mercado de Valores. (2013). Bases para la regulación de emisiones provenientes de procesos de titularización. Fiorella Carvajal .Directora de Asesoría Jurídica de la Superintendencia General de Valores. Documento elaborado para la revista Iberoamericana de Mercados de Valores. Recuperado de: <[www.IIMV.ORG](http://www.IIMV.ORG)>

<sup>38</sup> (2013) documentos.cgr.go.cr/content/.../Anexo\_B\_Generales\_Titularizacion.

<sup>39</sup> **Título Valor es:** un documento que tiene incorporados derechos a sus poseedores inversionistas, dados por las empresas o instituciones que los emiten para captar recursos. En el caso de títulos que representan obligaciones, son típicamente derechos al pago de una tasa de interés, al repago de lo invertido a un plazo definido y en ocasiones garantía, En el caso de títulos que representan una participación en el patrimonio de las sociedades, se incluyen derechos a los dividendos, al voto, a preferencias sobre utilidades y otras. (2013) Recuperado de: <http://www.capitales.com/costarica/herramientas/titulos.mhtml>

<sup>40</sup> Barrantes, J. El Fideicomiso: Algunos conceptos generales (2012). Recuperado de: <<http://www.casadelosriscos.com/articulos/fideicomiso.pdf> Pág 11.



### ***Sección III: Requisitos para la inscripción de fideicomisos de titularización***

Deberá presentarse la misma información exigida a los fideicomisos en el Artículo anterior<sup>41</sup>, en el caso de fideicomisos de titularización salvo la establecida en el inciso f. Adicionalmente deberá presentarse la siguiente información:

- a. Contrato de cesión de activos.
- b. Criterios de selección de la cartera de activos o derechos. En el caso de carteras o paquetes de activos similares, esta información requiere identificar las características del activo estándar, a partir del cual se establece el parámetro de variación en cuanto a las características de la totalidad del conjunto de activos. Esta información deberá formar parte del contenido del prospecto.
- c. Historial de la cartera de activos de conformidad con las instrucciones que emita el Superintendente. Si la cartera tuviera una antigüedad menor a dos años deberá adjuntarse, el historial de la cartera del originador por el mismo periodo, de

---

<sup>41</sup> **Artículo 94.** Requisitos para la inscripción de emisiones de fideicomisos Para las emisiones de fideicomisos deberá presentarse la siguiente documentación:

- a. Documentación requerida en los incisos a., b., c., d. y f. del Artículo 18 de este Reglamento.
- b. Documentación legal y de orden administrativo requerida en el Artículo 24, salvo la establecida en el inciso a. En este caso las declaraciones juradas deberán ser rendidas ante notario público tanto por el representante legal de la empresa fideicomitente como de la empresa fiduciaria de conformidad con el formato que establezca el Superintendente.
- c. Certificación notarial del contrato de fideicomiso. En el caso de fiduciarios que no sean entidades supervisadas por la SUGEVAL o la SUGEF, debe constar en la certificación del contrato que los estatutos vigentes de la entidad indican que se encuentra facultada para actuar como fiduciaria.
- d. Avalúo de los bienes que se aporten al fideicomiso con indicación de la metodología utilizada donde consten los gravámenes y anotaciones que pesen sobre ellos. Este debe realizarlo un perito independiente y presentar la declaración jurada sobre dicha independencia, todo de conformidad con las instrucciones que emita el Superintendente.
- e. Certificación notarial donde conste que los activos del fideicomiso se encuentran debidamente traspasados en propiedad fiduciaria. En caso de bienes inscribibles en el Registro Público, presentar certificación notarial o registral de dicha inscripción.
- f. Los fideicomisos que emitan valores de participación únicamente podrán ser administrados por las entidades sujetas a la supervisión de la SUGEF o bancos extranjeros que demuestren mediante certificación notarial su acreditación por parte del regulador de su país de origen. Los fideicomisos que emitan valores de contenido crediticio podrán ser administrados, además por las sociedades anónimas que se constituyan bajo la legislación costarricense que reúnan las siguientes características:
  - i. Su objeto social deberá permitir la administración de fideicomisos.
  - ii. Su capital social deberá ser al menos igual al exigido a las sociedades administradoras de fondos de inversión. Adicionalmente deberán aportar recursos propios adicionales, atendiendo al volumen de recursos gestionados, en los mismos términos exigidos a las sociedades administradoras.

conformidad con las instrucciones que emita el Superintendente. En el caso de otros tipos de activos deberán aportarse los estudios correspondientes e información histórica de conformidad con las instrucciones que emita el Superintendente. En el caso de que no exista información histórica la emisión deberá colocarse mediante oferta pública restringida. Una vez que se disponga de la información histórica requerida se podrá optar por nuevas emisiones de oferta pública general.

d. Valoración financiera de la cartera aportada y estimación del flujo de Caja que generará, con indicación de los supuestos y la metodología utilizada. Dicha valoración deberá adjuntar la validación de un perito independiente de las partes del fideicomiso, de conformidad con las instrucciones que emita el Superintendente.

e. Documentación que respalde los mecanismos de mejora crediticia o garantías aportadas, en caso de que se hayan establecido, de conformidad con lo establecido en el Artículo 25 de este Reglamento, cuando resulte aplicable.

f. Certificación notarial o registral que demuestre que la cesión o endoso se ha realizado y según corresponda se encuentra presentada al Registro Público, dentro del plazo que defina el Superintendente en la resolución de autorización.

Los requisitos indicados en los incisos a. y e. podrán presentarse en borrador junto con la solicitud de inscripción. No obstante, una vez emitida la resolución de autorización, deberá presentarse en original conforme a lo dispuesto en el Artículo 41 de este Reglamento.

#### ***Sección IV: Consideraciones varias sobre los Fideicomisos de Titularización***

Hay varios aspectos adicionales que hay que considerar en los Fideicomisos de Titularización y que resultan muy importantes de tomar en cuenta, especialmente por parte de la Administración Pública:

##### **4.1 Beneficios**

La titularización conlleva beneficios tanto para la entidad cedente de los créditos como para los inversionistas<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> (2013) Recuperado de: [documentos.cgr.go.cr/content/.../Derecho\\_comparado\\_titularizacion](http://documentos.cgr.go.cr/content/.../Derecho_comparado_titularizacion)

Desde la perspectiva de la entidad cedente la titularización constituye un mecanismo de captación de recursos que podría resultar más ventajoso frente a los mecanismos tradicionales. En el caso de las instituciones financieras el ahorro proviene de la liberación de recursos propios. El saldo neto liberado permite a la entidad rotar el activo y con ello eventualmente podrá aumentar su rentabilidad financiera. A pesar de que las emisiones provenientes de titularización puedan aportar un menor margen que el que podría ofrecer la financiación tradicional, las nuevas operaciones activas en que se reinvierta esa liquidez son las que pueden agrandar el margen financiero.

En el caso de las entidades no financieras la ventaja radica en apelar al mercado con la solvencia del paquete en vez de la calificación atribuida al cedente. En ambos casos pueden también aprovecharse situaciones ventajosas derivadas de la demanda del mercado o de la estructura temporal de tasas de interés.

Por otra parte, la titularización supone una redistribución de riesgos entre los agentes participantes de los riesgos asociados a la inversión crediticia cedida. Estos son traspasados por la entidad cedente y reasignados mediante su adquisición a otros operadores como las entidades mejoradoras y en última instancia a los inversionistas, como receptores finales.

## **4.2 Estructuras de titularización**

Los valores procedentes de procesos de titularización han experimentado un alto grado de innovación financiera desde las primeras emisiones en la década de los años setenta. A continuación se mencionan algunos:

### *4.2.1 Pass through*

Este esquema consiste en el traslado directo de los flujos de principal e intereses a los inversionistas, según estos van siendo devueltos por los deudores. En este caso el valor que adquiere el inversionista le confiere un derecho de propiedad proporcional sobre la cartera y con ello el derecho a percibir los flujos derivados de las operaciones que la componen.

#### 4.2.2 Pay through

En este esquema el inversionista recibe flujos atendiendo a un plan de amortización fijado para cada clase de emisión. En este caso el valor que adquiere el inversionista incorpora un derecho de crédito contra el emisor.

La redistribución de los pagos por principal entre distintas clases permite convertir operaciones crediticias a largo plazo en valores que abarquen todo un abanico de vencimientos desde el corto hasta el largo plazo.

#### 4.3 Riesgos:

Los riesgos que se pueden tener en relación con la titularización, comprenden dos tipos de factores de riesgo:

➤ Factores de riesgo *derivados de los contratos*:

- a) Impago por parte de los prestatarios que contrataron con la entidad originadora, riesgo que engloba tanto el pago del principal como de los intereses.
- b) Mora o retraso en que incurran los prestatarios.
- c) Opción de cancelación anticipada, la cual se traslada directamente a la dinámica de los flujos que percibirán los inversionistas.

➤ Factores de riesgo procedentes de la *transformación de flujos*:

- a) Distinta naturaleza y referencia en los tipos activos y pasivos: se le ha denominado riesgo base y aparece como consecuencia de desajustes en los ingresos diferenciales previstos, esto es entre los intereses percibidos por los deudores y los pagados a los suscriptores de los valores emitidos, como consecuencia de la oscilaciones en los tipos de interés de mercado.
- b) Reinversión transitoria de los flujos intermedios: surge esencialmente cuando la estructura es de tipo pay through: es difícil que los excedentes de tesorería puedan colocarse a un tipo activo equivalente al considerado al diseñar la operación.

- c) Vencimiento de los valores emitidos anterior a la vida media de los préstamos titularizados: tiene lugar cuando se emiten valores destinados a los mercados de dinero respaldados por préstamos de largo plazo.
- d) Riesgo cambiario: la conveniencia de ampliar la base de inversionistas motiva el lanzamiento de valores en monedas diferentes a aquellas en las que los préstamos están concedidos.<sup>43</sup>

***Sección V. Aplicación del Fideicomiso de Titularización en Costa Rica por parte del ICE (un ejemplo práctico).***

Se han llevado a cabo proyectos con la figura del fideicomiso de titularización en Costa Rica, para este aspecto, vamos a centrarnos en el Fideicomiso de Titularización, que llevó a cabo el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) para el Proyecto Hidroeléctrico Peñas Blancas.

Este fideicomiso se estructuró basado en el Reglamento de Oferta Pública de Valores Provenientes de procesos de Titularización, aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema mediante artículo 11, acta 175-2000 de sesión del 4 de setiembre del 2000 publicado en La Gaceta No. 188 del 2 de octubre del 2000.

Surge a partir del deseo de desarrollar un esquema de ejecución y financiamiento que fuera viable de conformidad con la política monetaria dictada por el Banco Central de Costa Rica y con la normativa vigente de Costa Rica.

El principal problema que se presentaba y que se quería resolver mediante este esquema de fideicomiso, era el de conseguir financiamiento por 70 millones de dólares, sin aval estatal, sin incrementar la deuda del Instituto Costarricense de Electricidad y por ende la deuda externa del país, con una agilidad de ejecución para garantizar el plazo y el costo, a través de un costo razonable para el usuario final de la energía que iba a producir el proyecto.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> González, J., Sandoval, A.V. (2003). Análisis Jurídico de los procesos de titularización como esquemas de financiamiento no tradicional para la Empresa Pública- Fideicomisos de Titularización Proyecto Hidroeléctrico Peñas Blancas. Pág. 125.

Los principales motivos que impulsaron al ICE para acudir a este tipo de esquema de financiamiento no tradicional, están:

En el decreto-ley No.449, aprobado por la Junta Fundadora de la Segunda República (Ley de creación del Instituto Costarricense de Electricidad), consagra la importancia de la incursión del ICE en proyectos de naturaleza hidroeléctrica y como una de las principales finalidades, se encuentra la obligación de dar solución pronta y eficaz a la escasez de fuerza hidroeléctrica en la Nación y procurar que haya en todo momento energía disponible para satisfacer la demanda normal y para impulsar el desarrollo de nuevas industrias.

Y en cuanto a responsabilidades está la elaboración de los planes de Expansión del Sistema Eléctrico, que contemplan los requerimientos nacionales en generación, transmisión y distribución para lo cual debe elaborar proyecciones del comportamiento futuro de la demanda de energía eléctrica de los distintos sectores de consumo (industrial, residencial, comercial y otros.). Para dichos planes, se debe garantizar un adecuado equilibrio de oferta y demanda de la electricidad, deben cumplir con requerimientos económicos y ambientales.

Se incluyen en dichos planes, además, de los proyectos, las inversiones que se deben realizar para cubrir el desarrollo de esos proyectos, por tal motivo al ICE le compete promover la ejecución de inversiones ya sea financiándolas directamente y/o utilizando otros esquemas de financiamiento.

La utilización de un proceso de titularización como mecanismos de financiamiento es el medio para cumplir con el artículo 1 y 2 del Decreto-ley:

Artículo 1º.- Créase el Instituto Costarricense de Electricidad, en adelante llamado el Instituto, al cual se encomienda el desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee, en especial los recursos hidráulicos.

La responsabilidad fundamental del Instituto, ante los costarricenses será encauzar el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica con el fin de fortalecer la economía nacional y promover el mayor bienestar del pueblo de Costa Rica.

Artículo 2º.- Las finalidades del Instituto, hacia la consecución de las cuales se dirigirán todos sus esfuerzos y programas de trabajo, serán las siguientes:

a) Dar solución pronta y eficaz a la escasez de fuerza eléctrica en la Nación, cuando ella exista y procurar que haya en todo momento energía disponible para satisfacer la demanda normal y para impulsar el desarrollo de nuevas industrias, el uso de la electricidad en las regiones rurales y su mayor consumo doméstico.

Las principales gestiones del Instituto se encaminarán a llenar este objetivo, usando para ello todos los medios técnicos, legales y financieros necesarios y su programa básico de trabajo será el de construcción de nuevas plantas de energía hidroeléctrica y de redes de distribución de la misma. Esta tarea será llevada a cabo dentro de los límites de las inversiones económicamente justificables.

d) Unificar los esfuerzos separados que actualmente se hacen para satisfacer la necesidad de energía eléctrica, mediante procedimientos técnicos que aseguren el mejor rendimiento de los aprovechamientos de energía y sus sistemas de distribución.

e) Promover el desarrollo industrial y la mayor producción nacional haciendo posible el uso preferencial de la energía eléctrica como fuente de fuerza motriz y de calefacción y ayudando por medio de asesoramiento y de la investigación tecnológica al mejor conocimiento y explotación de las fuentes de riqueza del país.

f) Procurar la utilización racional de los recursos naturales y terminar con la explotación destructiva y desperdiciada de los mismos. En especial tratará de promover el uso doméstico de la electricidad para calefacción en sustitución de los combustibles obtenidos de los bosques nacionales y de combustibles importados, e impulsará el uso de la madera como materia prima industrial.

g) Conservar y defender los recursos hidráulicos del país, protegiendo las cuencas, las fuentes y los cauces de los ríos y corrientes de agua, tarea en que deberán

ayudar al Servicio Nacional de Electricidad y los Ministerios de Agricultura y Obras Públicas, por medio de un programa de cooperación mutua.

- h) Ayudar a la habilitación de tierras para la agricultura por medio del riego y la regulación de los ríos, cuando esto sea económicamente factible al desarrollar en forma integral los sitios que se usen para producir energía eléctrica.
- i) Hacer de sus procedimientos técnicos, administrativos y financieros, modelos de eficiencia que no sólo garanticen el buen funcionamiento del Instituto, sino que puedan servir de norma a otras actividades de los costarricenses.

h) Procurar el establecimiento, el mejoramiento, la extensión y la operación de las redes de telecomunicaciones de una manera sostenible, así como prestar y comercializar productos y servicios de telecomunicaciones e infocomunicaciones y de información, al igual que otros en convergencia. Las concesiones que el ICE y sus empresas requieran para el cumplimiento de estos fines, estarán sujetas a los plazos, los deberes, las obligaciones y demás ondiciones que establezca la legislación aplicable.

No obstante, conforme a las condiciones estipuladas en el párrafo anterior, el ICE podrá mantener la titularidad de las concesiones otorgadas actualmente en su favor y en uso, por el plazo legal correspondiente.<sup>45</sup>

El ICE a nivel normativo, tiene toda la potestad para realizar procesos de titularización, de igual forma se encuentra facultado para otorgar avales.

Ahora, en cuanto a contexto de la política monetaria que había en el momento de la implementación del fideicomiso, se encontraba que el ICE debía acatar los lineamientos de mitigación económica para los problemas que enfrenta el sector público reflejado en variables macroeconómicas, como lo es el alto nivel de la deuda externa. Se limitaron los gastos e inversiones y para la implementación de un

---

<sup>45</sup> Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Recuperado de: [http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=11609&nVersion=73652&nTamanioLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ\\_NRM;UID=saj;PWD=scij;DATABASE=SCIJ\\_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO](http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=11609&nVersion=73652&nTamanioLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=saj;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO)



proyecto de generación, se requiere toda serie de trámites y autorizaciones, aprobados por el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (MIDEPLAN). Asimismo el ICE, debe seguir los lineamientos del Ministerio del Ambiente y la Energía (MINAE), por ser el ente rector del sector energético.

Además, existe una proporción limitada de recursos para utilizarse en el desarrollo de planes de expansión. En relación con el tema de financiamiento los esquemas tradicionales de financiamiento consisten en endeudamiento externo, ya que, se obtienen recursos mediante empréstitos otorgados por organismos financieros internacionales, ejemplo Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Banco Centroamericano para la Integración Económica (BCIE), entre otros,<sup>46</sup> los cuales exigen una serie de garantías para el otorgamiento de los recursos, una de ellas, es el aval estatal, que lo aprueba la Asamblea Legislativa de conformidad con el artículo 121, inciso 15) de la Constitución Política:

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

(...) 15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebradas por el Poder Ejecutivo.

Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquellos que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea Legislativa.<sup>47</sup>

Tomando en cuenta que todos los contratos de préstamo requieren la aprobación de la Asamblea Legislativa, la implementación de un proyecto de expansión hidroeléctrica tiene una serie de factores políticos, se hacen necesarios una serie de trámites ante diversas dependencias gubernamentales y autónomas. De igual manera

---

<sup>46</sup> González, J., Sandoval, A.V. (2003). Análisis Jurídico de los procesos de titularización como esquemas de financiamiento no tradicional para la Empresa Pública- Fideicomisos de Titularización Proyecto Hidroeléctrico Peñas Blancas. Pág. 134.

<sup>47</sup> Constitución Política de Costa Rica. Recuperado de:

<<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>

antes de iniciar la negociación, se necesita la autorización previa del MIDEPLAN e inclusión del proyecto que se pretende financiar en el Plan de Desarrollo y el contrato de préstamo debe ser aprobado por el Banco Central de Costa Rica y el Ministerio de Hacienda. Posteriormente al tener estos requisitos es necesario que el contrato mencionado se constituya en proyecto de ley e ingrese en la corriente legislativa para la respectiva aprobación.

Teniendo este panorama, el ICE considerando que no sería posible concretar préstamos nuevos, empezó a analizar opciones diferentes que permitieran obtener recursos para los proyectos. Ya ha implementado varios esquemas no tradicionales, como por ejemplo el Proyecto Geotérmico Miravalles III con el esquema Construir, Operar y Transferir (BOT, por sus siglas en inglés), el fideicomiso de inversión con el BCIE y con el Banco Nacional de Costa Rica, para la Plan de la Angostura y el esquema de arrendamiento para desarrollar el Proyecto Eólico Tejona.

Ahora bien, con el Proyecto Hidroeléctrico de Peñas Blancas, lo novedoso es que el ICE, no es el que adquiere la deuda con los inversionistas privados sino es el patrimonio del fideicomiso, que es un patrimonio autónomo e independiente al patrimonio del ICE.

Cuando el titular de la deuda es el ICE, es cuando se debe solicitar la autorización del Banco Central de Costa Rica y del Ministerio de Hacienda, porque se estaría ante un endeudamiento público, pero en este caso el deudor es el fideicomiso y el financiamiento se da a través de capital privado, es decir, por medio del mercado de valores, por lo que deben aplicar otras autorizaciones y controles diferentes a los que se aplican para financiamientos tradicionales<sup>48</sup>. Es importante destacar que la aplicación del principio de intervención del Estado en la economía, siempre se cumple, ya que, la actividad de los participantes del mercado de valores, es regulada por un órgano estatal, la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) y el Banco Nacional como es fiduciario, lo supervisa la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF).

---

<sup>48</sup> González, J., Sandoval, A.V. (2003). Análisis Jurídico de los procesos de titularización como esquemas de financiamiento no tradicional para la Empresa Pública- Fideicomisos de Titularización Proyecto Hidroeléctrico Peñas Blancas. Pág. 138.

Al momento de implementación del fideicomiso, con la emisión de los bonos que emitió el fideicomiso de titularización, se informa a los inversionistas y al público en general que se realizaron consultas a la Contraloría General de la República (CGR) y al Ministerio de Hacienda, para el desarrollo del proyecto y su financiamiento. Se versaron asuntos relacionados con el esquema de financiamiento, como la necesidad de ejecutar el plan de expansión de generación eléctrica para cubrir las necesidades del país, las limitaciones de inversión que enfrentaba el ICE y la puesta en práctica de esquemas denominados no tradicionales para el financiamiento de proyectos.

El esquema jurídico no se encontraba muy claro, la Procuraduría catalogó el esquema como legalmente viable, pero la Contraloría no emitió una opinión clara y determinante al respecto y en materia de contratación administrativa, es competencia de la Contraloría analizar la viabilidad de los esquemas contractuales en los que participa la Administración.<sup>49</sup>

Al final luego de varias consultas ante la CGR y a diferentes instancias, se decidió crear el primer fideicomiso de titularización bajo la figura BLT (built, lease and transfer). La construcción de la obra se efectúa con recursos del público que se van captando de conformidad con las necesidades del financiamiento del proyecto. El ICE no adquiere la deuda de forma directa, le corresponde al fideicomiso pagar tanto los intereses, como al principal a los inversionistas, mientras que la institución paga una renta mensual hasta cubrir el costo de la obra, la cual incluiría dentro de sus gastos. Esto abrió las puertas del mercado de valores nacionales al financiamiento de la infraestructura pública, ya que, con este proyecto se decidió por primera vez recurrir a los inversionistas locales, mediante un fideicomiso de titularización sobre los flujos del arrendamiento de la planta sobre la que poseía una opción de compra.<sup>50</sup>

Lo atractivo del proyecto, que llevó a su aceptación por parte de las autoridades gubernamentales y asesores económicos fue por no constituir deuda o inversión pública y por lo tanto, no afectar el déficit fiscal, ya que, los fondos se recaudan,

---

<sup>49</sup> Ídem, pág 141.

<sup>50</sup> Campos González, Denis. (2012). Los fideicomisos como mecanismo de financiamiento de obras públicas en Costa Rica. Pág. 444.

mediante la colocación de bonos en el sector privado con la garantía de los ingresos generados por la tarifa recaudadas por la generación de la electricidad.

A mediados del 2009, existían 11 propuestas que atravesaban distintas etapas del proceso, detrás del ICE, pionero en el uso del mecanismos del fideicomiso de titularización, otras entidades públicas como el Ministerio de Hacienda, la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) y la Universidad de Costa Rica (UCR), entre otras, buscaban utilizarla. Los proyectos se encontraban en distintas etapas. Sin embargo, en los últimos tres años, ha cambiado también la manera de concebir los fideicomisos, antes era hacer un proyecto por contrato, ahora las entidades pueden crear un fideicomiso macro e incluir varias de las obras que necesitan, tal y como lo hicieron la CCSS y el Ministerio de Educación (MEP).

En mayo del 2009, la SUGEVAL frenó los fideicomisos para financiar la infraestructura pública al objetar el esquema que se pretendía utilizar con el fideicomiso firmado entre el Banco Nacional y la CCSS.

En la siguiente sección se hablará más profundamente de esta situación y la crisis de la titularización que se dio a partir de este hecho.

#### ***Sección VI: Historia de una muerte anunciada, o de la crisis de la titularización en Costa Rica y la posición crítica de la SUGEVAL***

La Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), según lo dispuesto en la Ley Reguladora del Mercado de Valores, tiene como fin propiciar la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos y la protección de los inversionistas.

El mercado financiero se regula y se supervisa mediante cuatro entidades del Banco Central de Costa Rica, dirigidas por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF) y son:

- *La Superintendencia de Pensiones (SUPEN)*: es la responsable de la regulación, fiscalización y supervisión de los regímenes básicos de pensiones y de los regímenes complementarios.
- *La Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF)*: vela por la estabilidad, solidez y funcionamiento de los bancos, financieras y demás intermediarios financieros.
- *La Superintendencia General de Seguros (SUGESE)*: es la responsable de autorizar, regular y supervisar las actividades relacionadas con el negocio de seguros.
- *La Superintendencia General de Valores (SUGEVAL)*: es la responsable de regular, supervisar y promover el funcionamiento de los mercados de valores y de sus participantes.



¿Qué hace esta última entidad, la cual es el centro de atención en nuestra investigación?

Para que la SUGEVAL cumpla con los objetivos que establece la Ley Reguladora del Mercado de Valores (No 7732), se han definido tres ejes que orientan el accionar de la Superintendencia:<sup>51</sup>

Regulación: Con el objetivo de que el mercado cuente con reglas claras de actuación de sus diferentes participantes se emite normativa.

<sup>51</sup> Superintendencia General de Valores. ¿Qué es la SUGEVAL y cuáles servicios ofrece al inversionista? Recuperado de: <http://www.sugeval.fi.cr/MercadoValores/Documents/Qu%C3%A9%20es%20SUGEVAL.pdf>.

**Fiscalización:** Con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa, por parte de los regulados, se lleva a cabo el monitoreo e inspección oportuna del mercado de valores y sus participantes.

**Difusión de información y educación al público:** Con el propósito de ofrecer al inversionista la información necesaria para que pueda tomar sus decisiones, se lleva a cabo actividades de educación y se dispone de una serie de productos y servicios informativos.

En cuanto a la regularización de la SUGEVAL, dicha entidad emite lineamientos y ejecuta las funciones que le competen mediante acuerdos y reglamentos. Los acuerdos emitidos son para regular un acto en específico que tenga que ver con la regulación de determinados actos que se deban ejecutar y requieren supervisión y autorización de la SUGEVAL.

Los reglamentos regulan de forma general, un tema que lleva en sí muchos actos que se ejecutarán sucesivamente, los cuales deberán estar sujetos a dicha reglamentación. En caso de que se llegara a dar una contradicción entre los establecidos en la Ley Reguladora del Mercado de Valores y un acuerdo y/o un reglamento podrá ser impugnado por las vías correspondientes para que deje de aplicarse.

Ahora bien, teniendo claro, la importancia de la posición de la SUGEVAL en los diferentes aspectos del mercado de valores, nos concentraremos en los fideicomisos de titularización y lo que pasó con el fideicomiso firmado entre el Banco Nacional y la Caja Costarricense del Seguro Social y sus repercusiones.

El acuerdo de las partes antes mencionadas, era por \$180 millones que pretendía ofrecer valores para financiar la construcción y equipamiento de unas 100 sucursales para Equipos Básicos de Atención Integral en Salud Comunitaria (EBAIS). La SUGEVAL consideró que el vehículo se construyó sin activos o flujos existentes que se pudieran trasladar al fideicomiso y que sirvieran como garantía para pagar la deuda contraída con los inversionistas y paralizó los fideicomisos del Ministerio de Hacienda, la Universidad de Costa Rica (UCR), el Ministerio de Educación Pública (MEP) y RACSA, entre otros, estructurados con una fórmula similar al de la Caja.

Todo este percance se produjo porque la Dirección de Banca de Inversión del Banco Nacional y la SUGEVAL sostienen interpretaciones diferentes del artículo 60 del Reglamento de Oferta Pública de Valores, que define lo que se considera una titularización.

Mientras que para el Nacional era posible titularizar los activos y sus flujos de efectivo, o bien, solo los flujos futuros, para la SUGEVAL es necesario que el fideicomiso tenga desde el inicio los bienes, o ingresos, que garanticen el pago de los bonos.

Aunque en este punto ambas partes no han logrado un acuerdo, lo que sí existe es un estira y encoje entre las instituciones para modificar los fideicomisos, de tal modo que la SUGEVAL dé luz verde para continuar.<sup>52</sup>

Con el proyecto pionero del ICE y los proyectos posteriores que se llevaron a cabo, parecía que con los fideicomisos de titularización se había encontrado la solución para solventar los problemas de rezago en infraestructura pública que enfrenta el país y de paso mejorar el desempeño financiero de la economía y la reactivación de varios sectores como la construcción y las importaciones asociadas al sector, con toda la situación, se optó por llevar la normativa misma a sus discusión y ahí a su replanteamiento. La SUGEVAL hizo su replanteamiento y los operadores del sistema realizaron sus críticas.

Durante el gobierno de Óscar Arias, se nombró a una comisión para analizar el caso y encontrarle salida, ya que, varios de estos proyectos estaban incorporados dentro del área de acción del Plan Escudo.<sup>53</sup> Sin embargo, después de diez meses de la paralización, en marzo del 2010, aún no se había podido lograr un acuerdo entre la SUGEVAL, el Gobierno y los participantes del mercado, para echar a andar los fideicomisos para el financiamiento de obra pública.

---

<sup>52</sup> Ramírez, E. (2009). SUGEVAL frena titularización de Obra Pública. Recuperado de: <[http://www.elfinanciero.cr/ef\\_archivo/2009/septiembre/13/enportada2075742.html](http://www.elfinanciero.cr/ef_archivo/2009/septiembre/13/enportada2075742.html)>.

<sup>53</sup> Campos González, Denis. (2012). Los fideicomisos como mecanismo de financiamiento de obras públicas en Costa Rica. Pág. 451.

Paralelamente se realizó una modificación al Reglamento de Oferta Pública de Valores, agregando un capítulo sobre los Fideicomisos de Desarrollo de Obra Pública, de los cuales se hablará más detalladamente en el siguiente capítulo.

## **Capítulo II. Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública (FIDOP)**

### ***Sección I: Antecedentes del surgimiento del FIDOP en Costa Rica como figura típica del Derecho Costarricense***

Como se ha reiterado el país enfrentaba una crisis de rezago en la infraestructura y los fideicomisos de titularización estudiados en el capítulo anterior se empiezan a vislumbrar como una gran opción debido a que se prometía poder incrementar las obras en infraestructura, pese a las dos causas principales del rezago, que eran: Los límites presupuestarios y el temor de incrementar el déficit fiscal.

Por otra parte, años atrás para incentivar la inversión del sector privado en proyectos de infraestructura nacional, se había implementado la figura de la Concesión de Obra Pública, pero no se tuvo el éxito que ha tenido en otros países. Este contrato en nuestro país se enfrentó a largos procesos y obras que han tenido que esperar años para empezar a ver sus frutos. Es bajo este panorama que la Administración Pública e incluso la Contraloría General de la República vieron en la figura del Fideicomiso de Titularización (estudiada en el capítulo anterior) la posibilidad de disminuir ese rezago y crisis de la infraestructura.

A inicios del año 1999 se inicia con la aprobación de los Fideicomisos de Titularización, teniendo el ICE, experiencias exitosas con los proyectos de Cariblanco, Peñas Blancas y Garabito como se explicó en el capítulo anterior.

Motivados con el éxito de estos proyectos, instituciones como la Universidad de Costa Rica, la CCSS, el INFOCOOP y otros iniciaron gestiones para la aprobación de contratos de Fideicomiso de Titularización.



Estas instituciones firman contratos de Fideicomiso con el Banco Nacional de Costa Rica, contratos que logran ser refrendados por la CGR, como primer paso , pero después cuando debían ser refrendados también por la SUGEVAL ya a mediados del 2009 dicha institución no dio su visto bueno, frenando los proyectos de fideicomiso, así se relata en un reportaje del periódico el Financiero, del 13 de setiembre del 2009, titulado “SUGEVAL frena titularización de obra pública”, en este reportaje el periodista Esteban Ramírez Castro, relata como la SUGEVAL al detectar un riesgo para los inversionistas no aprueba la titularización de estos contratos, así lo expone:

*“Los fideicomisos para financiar infraestructura pública con la venta de títulos valores tuvieron que frenar en seco. Creyeron que la pista estaba despejada y pisaron el acelerador; sin embargo, SUGEVAL avistó peligros en la vía y puso la luz roja.*

*A raíz de esto, al menos siete fideicomisos de titularización manejados por el Banco Nacional se encuentran con los faros de emergencia encendidos, en espera de una salida que les permita retomar su camino.*

*Los problemas surgieron en mayo anterior, cuando la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) objetó el esquema que se pretendía utilizar con el fideicomiso firmado entre el Nacional y la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS).*

*El acuerdo por \$180 millones pretendía ofrecer valores para financiar la construcción y equipamiento de unas 100 sucursales para Equipos Básicos de Atención Integral en Salud Comunitaria (EBAIS).*

*El ente supervisor consideró que el vehículo se construyó sin activos o flujos existentes que se pudieran trasladar al fideicomiso y que sirvieran como garantía para pagar la deuda contraída con los inversionistas.*

*Esa señal provoca menudo embotellamiento en la pista, ya que, detrás de la CCSS venían los fideicomisos del Ministerio de Hacienda, la Universidad de Costa Rica (UCR), el Ministerio de Educación Pública (MEP) y RACSA, entre otros, estructurados con una fórmula similar al de la Caja.*

*Todo este percance se produjo porque la Dirección de Banca de Inversión del Banco Nacional y la SUGEVAL sostienen interpretaciones diferentes del artículo 60 del Reglamento de Oferta Pública de Valores, que define lo que se considera una titularización.*

*Mientras que para el Nacional era posible titularizar los activos y sus flujos de efectivo, o bien, solo los flujos futuros, para la SUGEVAL es necesario que el fideicomiso tenga desde el inicio los bienes, o ingresos, que garanticen el pago de los bonos.*

*Aunque en este punto ambas partes no han logrado un acuerdo, lo que sí existe es un estira y encoje entre las instituciones para modificar los fideicomisos, de tal modo que la SUGEVAL dé luz verde para continuar.*

#### ***Carril de alta velocidad***

*Con la llegada de los fideicomisos, parecía que el sector público por fin había encontrado la llave para sacar adelante millonarios proyectos de infraestructura.*

*En mayo de este año, en un reportaje de EF titulado “Una llave para ejecutar obras” (edición 716), se informó que existían al menos una docena de fideicomisos de titularización, por unos \$2.100 millones.*

*Además, de los EBAIS, estaba prevista la construcción de aulas, facultades universitarias, obra turística, oficinas administrativas y aduanas.*

*En estos momentos, varios de estos fideicomisos están a la espera de lo que logre negociar la Dirección de Banca de Inversión del Nacional con la SUGEVAL, para hacer las modificaciones a los contratos y retomar el trayecto.*

*Gabriela Murillo, gerenta de Infraestructura de la CCSS, manifestó que todavía no han descartado la utilización de fideicomisos. Agregó que los contratos están suspendidos a la espera de la autorización de SUGEVAL.*

*“Las gestiones para obtener dicha autorización las ha realizado el Banco Nacional, así que estamos a la espera, al igual que otras instituciones, de lo que se resuelva”, añadió.*

*EF supo que el pasado 4 de setiembre el MEP tenía una reunión con funcionarios del Banco para conocer los detalles de las conversaciones con SUGEVAL. En Hacienda, la ministra Jenny Phillips dijo que ellos tendrán un encuentro similar este martes.*

*Incluso el tema fue a parar a Casa Presidencial, donde se nombró una comisión para analizar el caso y encontrarle salida pues varios de estos proyectos están incorporados dentro del área de acción del Plan Escudo.*

*Mario Redondo, asesor de la Presidencia y coordinador de esta comisión, comentó que el Presidente está interesado en la ejecución de las obras en momentos cuando la construcción es clave para generar empleo.*

*En principio ya se habría logrado una solución. Lo que se plantea es separar los proyectos en dos partes: un*

*fideicomiso para la construcción de los inmuebles y otros para el arriendo y titularización.*

*A través de esta ruta, se dejaría el riesgo de construcción, equipamiento y aceptación de las obras fuera de las titularizaciones, lo cual, en principio, subsanará la falla que más inquieta a SUGEVAL.*

*“Propusimos que se separe en dos figuras. Que una haga la actividad empresarial, o constructiva, es decir, buscar las propiedades, negociar la compra de lotes, inscripciones, contratar constructoras...”, comentó Juan José Flores, jerarca de SUGEVAL.*

*Cuando los proyectos estén listos se alquilan a la institución y una vez firmados los contratos se trasladan al fideicomiso. “Entonces, ahí podrán salir a emitir (bonos) perfectamente; bienvenidos sean, con los brazos abiertos”, recalcó Flores.*

#### ***Siga con precaución***

*El criterio de Lourdes Fernández, directora de Banca de Inversión del Nacional, es que el artículo 60 del Reglamento de Oferta Pública de Valores permite la titularización de flujos futuros, sin activos y que así se ha hecho.*

*En los tres casos existentes (Peñas Blancas, Cariblanco y Garabito), ejecutados por el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), se titularizaron los flujos futuros, aseveró.*

*“Sería diferente si ya las plantas (hidroeléctricas) estuvieran construidas y se titularizan los contratos de arrendamiento; pero en esos casos no existía el activo”, argumenta Fernández.*

*El superintendente acepta que el caso de los fideicomisos del ICE pudo causar confusión. Aún así, defiende que en esos proyectos se tenían los terrenos, estudios de factibilidad, el Instituto levantó la obra y tomó el riesgo de la construcción.*

*“Y no solo eso. El ICE garantizó los flujos, porque dijo que a partir de determinada fecha, estuviera lista o no la planta, comenzaría a pagar los alquileres”, expresó Flores.*

*No obstante, comentó que han surgido cuestionamientos sobre si este tipo de garantías podrán seguir usándose en el futuro.*

*Sobra decir que esta discusión es un terreno fangoso. El camino que tomó el Banco Nacional es dejar atrás este tramo y virar por el camino que propone SUGEVAL.*

*En un primer paso se utilizaría crédito bancario para financiar las obras de construcción y una vez que esté listo el proyecto, los contratos de arrendamiento se trasladarán al fideicomiso emisor.*

*Serían créditos sindicados, otorgados por la banca estatal. Si el proyecto fuera muy grande se recurriría a organismos financieros del exterior. Hecho esto, los fideicomisos continuarán su camino.*

*Algunos de los contratos ya firmados serán modificados. Por eso, tendrán que volver a la Contraloría General de la República para su revisión, pero Fernández es optimista en que con esta entidad se ha logrado trabajar muy bien.*

*En cualquier circunstancia, si los fideicomisos reanudan el viaje, los acompañará todo el camino una luz amarilla, advirtiéndolo precaución.*

#### ***Derrumbes en la vía***

*La titularización de proyectos de infraestructura ganó velocidad en los últimos diez años. Ahora tendrán que modificar el curso.*<sup>54</sup>

Como se adelantó anteriormente, fue la entidad financiera SUGEVAL quien frenó los contratos y a continuación se estudiarán cuáles fueron los motivos:

#### 1.1. SUGEVAL no refrenda los contratos de Fideicomiso de Titularización y detiene el proceso:

Teniendo en cuenta que la SUGEVAL años atrás había refrendado contratos del ICE, se dijo que había un cambio en la política de esta institución al negar ahora la autorización a las entidades CCSS y las otras que venían atrás realizando las gestiones, pero en una entrevista realizada al señor Eddy Rodríguez (superintendente de la SUGEVAL) por Dennis Campos González y expuestas en su tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho Administrativo, titulada “Los Fideicomisos como mecanismo de financiamiento de Obras Públicas en Costa Rica”, ellos indican que no fue un cambio en la política interna de la SUGEVAL, sino más bien la detección de ciertos riesgos para los inversionistas presentes en los nuevos contratos de Fideicomiso, que no se encontraban en los contratos de Fideicomiso puestos en marcha por el ICE.

Al respecto Eddy Rodríguez explica:

*“Cuando viene la titularización del ICE tiene características muy particulares. El ICE se presenta con*

---

<sup>54</sup> Ramírez, E. (2009). SUGEVAL frena titularización de Obra Pública. Recuperado de: <[http://www.elfinancierocr.com/ef\\_archivo/2009/septiembre/13/enportada2075742.html](http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2009/septiembre/13/enportada2075742.html)>.

*un contrato de arrendamiento el cual asume la obligación de pagar y seguir con el contrato independientemente de que hayan obras construidas, digamos que tiene una fecha cierta y no tiene un plazo, es decir, es un contrato de arrendamiento que uno podría decir que es un leasing financiero. Los flujos que produce el contrato de arrendamiento es lo que permite hablar de titularización. El riesgo de la construcción lo asume completamente la institución del ICE quien es a la vez constructor. El fiduciario es el Banco Nacional que tiene una estructura que permite incorporar al ICE en una serie de decisiones que se están tomando y, finalmente, una institución como el ICE que en un momento llegó y dijo yo me comprometo a hacer esos pagos de alquiler y eso permitió hacer una interpretación amplia de lo que es la figura de la titularización para que se pudieran hacer esas emisiones.*

*Cuando el Banco Nacional presenta el caso de la CCSS vemos que hay diferencias importantes con respecto a lo que se había visto anteriormente.*

*La figura de Titularización ya del todo no existe, no hay un contrato de alquiler firmado. Ya habíamos conocido uno previo del INCOP y le habíamos hecho observaciones. Primero estuvo el del INCOP y luego estuvo el de la CCSS, formalmente. Por un lado, no tenía los activos que se estaban trasladando a un vehículo de propósito especial, sino que básicamente, no había ningún activo que se estuviera trasladando, no había como en el caso del ICE estudios, terrenos, derechos de explotación, aquí ya estamos en un terreno donde podían ser determinado número potencial de EBAIS. En algunos casos podía haber terrenos y en otros no. Luego no había un compromiso de alquiler que respaldara esos flujos. La*

*CCSS podía no aceptar las obras y por lo tanto, no pagar los alquileres. Entonces no teníamos a la institución garantizando la construcción, no teníamos a nadie asumiendo el riesgo de construcción y por otra parte, tampoco teníamos la característica de un flujo seguro ya constituido que permitiera hacerle frente a los pagos. Estábamos en una situación en que si uno lo ve ya eso se parece más un fideicomiso de construcción que un fideicomiso de titularización”*

Como se ve existieron dos diferencias básicas entre los contratos de Fideicomiso ejecutados por el ICE y los contratos que se propusieron por la CCSS y otras instituciones que venían en la cola y esas son: 1.El aporte de bienes de la administración al Fideicomiso, esos aportes pueden ser terrenos, estudios, planos, derechos de explotación etc. Bienes que para el momento de la formalización del contrato de fideicomiso ya existían y se constituían una garantía para los inversionistas. 2. En los contratos del ICE, se tiene a esta institución garantizando que no importa como avance la construcción de las obras, en una fecha cierta se comenzará a pagar el precio del arrendamiento y ahí están los flujos de Caja.

Pero estos aspectos se estudian con detalle en el informe conocido en el punto 4.1.2 de la agenda 785-2009 del 3 de junio de 2009 en el de referencia A12/0 dirigido a los miembros del CONASSIF por parte del enfoque Superintendente de Valores, estudiaremos dicho informe a continuación:

A.- Informe sobre procesos de titularización en contrato de la CCSS vrs ICE:

Este informe fue el freno definitivo para que las Instituciones de la Administración Pública que tenían la expectativa de firmar fideicomisos de titularización lo hicieran, por eso se le dará énfasis y se realizará un estudio de lo que en él se establecía. El informe consta de 5 secciones, la primera expone lo que es la Titularización, la segunda expone acerca de la figura de Fondo de Desarrollo Inmobiliario, la tercera expone la titularización de contratos de arrendamientos vigentes: Caso del ICE, la cuarta expone acerca de la titularización de los contratos de la CCSS y por último en



una quinta sección expone sus conclusiones. A continuación lo más importante de dicho informe:

1.- Sobre la Titularización: Sobre este aspecto se analizará lo más importante del informe, ya que, este tema fue ampliamente desarrollado en el capítulo anterior del presente trabajo de investigación.

Se define lo que es titularización con base en el artículo 60 del Reglamento de Oferta Pública de Valores, *“titularización el proceso de financiamiento que consiste en ceder incondicionalmente a un patrimonio separado, flujos de ingreso o un conjunto prefijado de activos y sus flujos de ingresos, actuales o futuros y la venta de estos paquetes a los inversionistas, en la forma de valores emitidos en forma estandarizada respaldados por esos flujos de ingresos o flujos de sus activos subyacentes.”*

A partir de esta definición se establecen lo que son las características básicas de la titularización:

- “1.- Financiamiento directo, implica la transformación de activos líquidos no negociables en el mercado de valores en valores transables, por lo que no hay un aumento del pasivo de la empresa, cuya calidad patrimonial no se ve perjudicada.*
- 2.- Implica una cesión incondicional de activos o derechos por parte de la entidad originadora, a un patrimonio separado, mediante el vehículo de titularización.*
- 3.- El financiamiento se da por medio de la emisión de valores.*
- 4.- Los activos cedidos deben de servir de respaldo a la emisión.*
- 5.- Los activos susceptibles de titularización, pueden ser: a) flujos de ingreso existentes; o b) un conjunto prefijado de activos y sus flujos de ingresos, actuales o futuros.*
- 6.- La entidad originadora debe ser titular de los flujos cedidos o del conjunto prefijado de activos y sus flujos cedidos.”*

Además, en el informe se da una interpretación del artículo 60 del (ROPV) manifestando que la cesión incondicional de activos de recaer sobre:

*“PRIMERO: Flujos de ingreso actuales o futuros. En este apartado, se encuentran el cobro de contratos de arrendamiento y el cobro futuro de servicios, entre otros.”*

Como se ve la cesión se da sobre un derecho pre constituido entre la entidad financiera y el deudor, o entre el arrendante y el arrendatario. En estos casos los valores encuentran respaldo en los pagos futuros, pero cedidos previamente al patrimonio separado, por los sujetos pasivos, obligación que estos adquieren previamente.

Cuando se habla de flujos futuros, estos implican que la entidad generadora de los flujos, al momento de constituir la titularización sea titular de un activo que permita la generación de los flujos. Y tanto este activo como los flujos que genere deben ser un respaldo suficiente para la emisión.

*“SEGUNDO: Un conjunto prefijado de activos y sus ingresos, estos flujos podrán ser actuales o futuros. En este supuesto los valores emitidos serán respaldados por los flujos de sus activos subyacentes.”*

En este caso se debe tener en cuenta que si bien se permite la cesión de un conjunto prefijado de activos, estos al momento de la estructuración de la titularización deben de generar flujos de ingreso periódico y predecible.

Y por otra parte, el informe también cita el artículo 61 del ROPV, que determina los activos susceptibles de titularización de la siguiente forma:

*“Podrán estructurarse procesos de titularización a partir de flujos provenientes de: créditos hipotecarios de vivienda, créditos hipotecarios comerciales, créditos revolutivos, créditos comerciales, créditos personales, cobro de contratos de arrendamiento, cobro futuro de servicios como líneas o llamadas telefónicas, servicio de televisión por cable, desarrollo de obra pública y otros que defina el Superintendente por acuerdo de alcance general. No serán considerados activos susceptibles de titularización los valores, ni los bienes muebles o inmuebles. En estos dos últimos casos sí lo serán los ingresos que estos generen.”*

A partir de la interpretación integral de los artículos 60 y 61 del ROPV anteriormente citados, se concluye que la titularización se puede dar sobre flujos existentes o sobre activos y sus correspondientes flujos futuros. De este modo se indica que no son susceptibles de titularización los valores, los bienes muebles no los bienes inmuebles, pero si se permite titularizar los ingresos que estos generen.

La aptitud de los bienes cedidos radica en la capacidad que tengan estos de generar flujos futuros, que sean predecibles y periódicos y que vayan a respaldar la emisión.

2.- Sobre la figura jurídica FONDOS DE DESARROLLO INMOBILIARIO: En este informe se desarrolla brevemente otra figura jurídica utilizada para la inversión en infraestructura, el fondo de desarrollo inmobiliario, el cual se encuentra regulado en el artículo 89 del reglamento sobre Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión (RESOFO) y se define de la siguiente manera:

*“Artículo 89. —Concepto. Los fondos de inversión de desarrollo inmobiliario son patrimonios independientes que administran sociedades administradoras de fondos de inversión, por cuenta y riesgo de los participantes, cuyo objetivo primordial es la inversión en proyectos inmobiliarios en distintas fases de diseño y construcción, para su conclusión y venta, o arrendamiento.*

*En forma complementaria, los fondos de desarrollo pueden adquirir terrenos o bienes inmuebles para la generación de plusvalías o para arrendamiento.*

*Las actividades para el desarrollo de los proyectos deben ser realizadas por profesionales o empresas especializadas con, al menos, tres años de experiencia en desarrollo de proyectos inmobiliarios, en proyectos de una magnitud económica similar, contratadas por la sociedad administradora por cuenta del fondo de inversión, de manera que la sociedad administradora no realice actividades ajenas a su objeto exclusivo. Estos profesionales o empresas especializadas no deben pertenecer al grupo financiero del que forma parte la sociedad administradora.*

*Los fondos de desarrollo inmobiliario se constituyen como fondos cerrados y son de oferta pública restringida, de conformidad con la definición del Reglamento de Oferta Pública de Valores.”<sup>55</sup>*

De la norma citada anteriormente se desprende como objeto de esta figura la inversión en proyectos inmobiliarios, por lo cual, en este informe se menciona para establecer la diferencia con los fideicomisos de titularización y establecer que podría utilizarse esta figura para los fines seguidos por la CCSS. Recalamos que esta es la posición del informe que se analiza, no la posición del presente trabajo de investigación.

Se establecen como principales características del Fondo de Desarrollo Inmobiliario las siguientes:

1. Patrimonio independiente administrado por sociedades administradoras de fondos de inversión.
2. Su objeto es la inversión en el desarrollo de proyectos inmobiliarios.
3. Las actividades para el desarrollo deben ser realizadas por profesionales o empresas especializadas.
4. Son fondos cerrados de oferta pública restringida.

Incluso en dicho informe se realiza el siguiente cuadro comparativo entre el Fondo de Desarrollo Inmobiliario y los Fideicomisos de Titularización:

TITULARIZACIÓN	FONDO DE DESARROLLO INMOBILIARIO
El vehículo de titularización puede ser un fideicomiso o un fondo de inversión de titularización.	Fondo de inversión cerrado de oferta pública restringida.

<sup>55</sup> Reglamento sobre Sociedades Administradoras y Fondos de Inversión (RESOFO)

Patrimonio independiente constituido por la cesión incondicional de flujos o activos por parte del ente originador.	Patrimonio independiente, conformado por el aporte de los inversionistas, cuyo objetivo principal es la inversión en el desarrollo de proyectos inmobiliarios.
Partes: 1. Entidad originadora 2. Administrador o fiduciario 3. Inversionista	Partes: 1. SAFI 2. Empresa especializada (constructora, desarrolladora, ingenieros, entre otros) 3. Inversionista
Los valores emitidos pueden ser de contenido crediticio, de participación.	Los valores generados son de participación.
La emisión se respalda con los flujos emanados de la cesión de derechos.	La emisión se respalda con el proyecto de desarrollo inmobiliario en sí.
Los valores, bienes inmuebles y muebles no son susceptibles de titularización.	El desarrollo, venta o alquiler son la base de la inversión.
Los riesgos a los que se expone el inversionista provienen principalmente de fallas en la estructuración del financiamiento o de la valoración, prepago, incumplimiento de los pagos que deba realizar el titular del activo subyacente (hipotecas, prendas, alquileres, créditos), entre otros. No se supone que se asuma el riesgo de desarrollo.	Los riesgos a los que se expone el inversionista están directamente relacionados con el diseño, ejecución, financiamiento y cierre financiero del proyecto (compra de terreno, diseño de planos, construcción).

3.- En una tercera sección se expone sobre la titularización propiamente de contratos de arrendamiento vigentes en aquel momento: “El caso del Instituto Costarricense de Electricidad:

En esta sección se inició con establecer las características esenciales de los contratos de fideicomiso con participación del ICE, las cuales se resumen a continuación:

- Flujos periódicos y predecibles: se tenían definidas las obras a construir y las condiciones de los contratos de construcción (lugares identificados, los requerimientos técnicos y el activo a construir). Además, los flujos de ingresos provienen de alquileres originados por la cesión de un conjunto prefijado de activos.
- Los riesgos del desarrollo de la obra y la etapa constructiva eran asumidos por el ICE, quien se comprometía a pagar el arrendamiento a partir de una fecha preestablecida, independientemente de los atrasos que pudieran ocurrir.
- Se tenía un único activo a desarrollar y un único flujo, eso brindaba homogeneidad al proyecto.
- El ICE en su condición de propietario de los derechos sobre los bienes objeto de cesión, transfirió el derecho de uso sobre los terrenos al fideicomiso, constituyéndose un patrimonio independiente.
- Además, de la cesión al derecho de uso, el ICE ya había desarrollado, previamente parte de otras obras, por ejemplo: obras de urbanización, estudios ambientales, caminos de acceso, instalaciones para el personal de construcción, manejo de aguas pluviales y drenajes, disposición de servicios y agua, electricidad, comunicaciones y vigilancia, entre otros.
- En estos proyectos la elaboración de los estudios no constituyó un activo cedido, sino una obligación contractual del Fideicomitente-Constructor y la titularidad de dichos estudios no se trasladó al patrimonio fideicometido.
- El monto de la opción de compraventa en referencia con el monto del costo capitalizado del activo, será conocida hasta conocer el costo capitalizado.

En el informe se concluye que en los contratos de fideicomiso del ICE, carecían de riesgo para los inversionistas, pues el ICE se encargó de realizar los estudios previos determinando la factibilidad del proyecto, realizó las obras preliminares, además, estuvo a cargo de la construcción de los proyectos basados en su experiencia en la materia, por lo cual no podría darse el caso de la no aceptación de la obra y para cerrar con broche de oro, se comprometió a que en una fecha cierta y previamente determinada empezaría a pagar el arrendamiento, sin importar si la obra sufría atrasos.

4.- En una cuarta sección, en el informe se analiza propiamente la titularización de los contratos de arrendamiento de la CCSS, que ya habían sido refrendados por la CGR, pero frenados con este informe por la SUGEVAL, a continuación un resumen de los aspectos más importantes que en esta sección se expuso lo siguiente:

El objeto del contrato de fideicomiso CCSS-BNCR, es la obtención de recursos económicos para la ejecución de las obras de infraestructura y compra de equipos por medio de la venta de títulos valores, para esto se conformará un fideicomiso donde una entidad originadora (CCSS), transfiere en dominio fiduciario ciertos activos a una entidad fiduciaria (BNCR), la que los incorpora en un fideicomiso que en este caso quedaría compuesto de:

- *“Derecho de uso y usufructo sobre tres bienes inmuebles detallados en el anexo 1 del contrato.*
- *Totalidad de los estudios futuros contratados por la CCSS o realizados por su organización interna, relacionados con los proyectos financiados por el Fideicomiso.*
- *Flujos captados en el mercado por concepto de colocación y administración de las emisiones de valores; infraestructura que se vaya construyendo por parte del fideicomiso; ingresos por arrendamientos de las obras construidas, etc.”<sup>56</sup>*

---

<sup>56</sup> Informe que corresponde al punto 4.1.2 de la agenda 785-2009 SUGEF-SUGEVAL-SUGESE, pág. 6.

Se continúa exponiendo en el informe que tal y como estaba originalmente conformado, el fideicomiso cumplió con elementos esenciales de la titularización, como por ejemplo: La transformación de activos líquidos no negociables en el mercado de valores, en valores transables; la cesión de derechos de uso sobre inmuebles, de estudios, la estructura que se vaya construyendo con el fideicomiso y los arrendamientos de las obras construidas; financiamiento dado por la emisión de valores; y que el conjunto de activos cedidos y sus respectivos flujos, son el respaldo directo de los valores emitidos.

Pero se alerta que después este contrato tuvo serias modificaciones, planteados en el anexo que pervirtieron la figura, debido a que no existiría una cesión incondicional de flujos de ingreso. En el informe se establece “esta situación se presenta por no existir una conexión directa entre los activos cedidos y los flujos generados como respaldo de la emisión, ya que, dentro de este nuevo esquema, la CCSS no es propietario de la mayor parte de los bienes inmuebles que se incorporarían al fideicomiso. (...) la mayor parte de los ingresos serían generados por terrenos adquiridos directamente por el fideicomiso”<sup>57</sup>

Por otra parte consideraba la SUGEVAL que los activos cedidos en el fideicomiso de la CCSS (planos, estudios técnicos, entre otros) si bien tienen valoración económica, no conformaban el respaldo necesario, que garantizara el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con los inversionistas, en relación con la cuantía de la emisión.

Y por último se menciona que se trasladan riesgos al fideicomiso y por ende posteriormente a los inversionistas que debían ser tomados por la CCSSS y son los siguientes:

1. Al no contar la CCSS con los terrenos previamente, sino que era el fideicomiso quine los iba a adquirir, se tiene riesgos de no encontrar los terrenos propicios, que quienes al inicio ofrezcan sus terrenos al final decidan no venderlos, riesgo de que se eleven los valores de los terrenos de lo pensado inicialmente, riesgo

---

<sup>57</sup> ídem.



de que los terrenos obtenidos resulten por no ser apropiados, que resulte algún factor negativo al realizar los estudios de impacto ambiental y los estudios de SETENA, además, el lidiar con otros permisos (ejemplo: Impacto vial, servicios públicos, municipales, etc).

2. El riesgo de construcción y desarrollo de las obras, el encargado de contratar las empresas constructoras y los equipos sería el fideicomiso, pues entonces enfrentaría el riesgo del incumplimiento de estas empresas, un riesgo que se incrementa por la especialización de los equipos requeridos.

3. Para finalizar con el estudio del famoso informe que detuvo los fideicomisos de titularización por parte de la administración pública, se analizará el punto 5 de dicho informe que fueron las conclusiones:

*“1.- De conformidad con lo establecido en los artículos 60 y 61 del ROPV, debe interpretarse que la titularización implica una cesión de derechos, la cual puede ser sobre flujos existentes o sobre la cesión de activos y sus correspondientes flujos futuros, por cuanto debe existir una conexión directa entre lo cedido y el flujo generado.*

*2.- Para el caso particular de la propuesta de titularización de la CCSS se desvirtúa la figura, por cuanto la CCSS no puede ceder los flujos futuros provenientes de bienes inmuebles que no sean de su propiedad. Por lo tanto, no existe una conexión directa entre los activos cedidos y los flujos generados.*

*3.- Asimismo, la cesión sobre los derechos del proyecto de construcción, incluidos los planos, presupuestos y estudios técnicos, no constituyen una base suficiente en relación con los flujos y la cuantía total de la emisión. Por lo tanto, no es respaldo suficiente para garantizar las obligaciones contraídas con los inversionistas.*

*4.- De la comparación del esquema propuesto por la CCSS con los proyectos de titularización del ICE, se desprende como una diferencia fundamental la*

*condición del ICE como propietario de los terrenos sobre los que ceden los derechos que sustentan los flujos futuros que soportan la emisión. De los documentos presentados se deduce que a la fecha la CCSS únicamente dispone de tres terrenos para el desarrollo del proyecto. Así las cosas, el esquema propuesto es incompatible con la figura de la titularización de acuerdo con el ordenamiento jurídico costarricense.*

*5.- Otra diferencia fundamental con respecto a los procesos de titularización llevados a cabo por el ICE, es que en estos el riesgo de construcción y de desarrollo de los proyectos ha sido asumido por la institución, en tanto que en la estructuración propuesta por la CCSS los riesgos asociados a la idoneidad y la disponibilidad de los terrenos, la obtención de permisos, la realización de estudios previos, los incumplimientos en la calidad de la obra y los atrasos en la construcción serían asumidos por el fideicomiso y por ende, trasladados a los inversionistas.*

*6.- La estructuración propuesta por la CCSS puede realizarse a través de la figura del fondo de desarrollo inmobiliario, ya que, por sus características, permite la compra de terrenos para el desarrollo de proyectos inmobiliarios para su venta o alquiler. Posteriormente, se puede utilizar la figura de un fondo inmobiliario que compre los inmuebles a dicho fondo de desarrollo inmobiliario y los alquile a la CCSS o bien se puede crear in fideicomiso de titularización de los contratos de alquiler una vez que los inmuebles estén construidos y alquilados.” (EL SUBRAYADO NO ES DEL ORIGINAL)<sup>58</sup>*

Con este informe es que en la SUGEVAL se decide suspender la aprobación de contratos de fideicomiso que venían en fila, hasta hacer reformas al ROPV, constituyendo una nueva figura que pidiese llenar las lagunas que dejaba la figura de titularización hasta ese momento regulada.

---

<sup>58</sup> Ídem. Pág 8 y 9.

Las reacciones ante esta paralización se hicieron ver en los medios de comunicación, pues demasiadas eran las expectativas y la esperanza que se le tenía a la figura del fideicomiso como la gran salvadora de la infraestructura del país.

Retomamos la noticia citada anteriormente, del periódico financiero la cual se tituló **“SUGEVAL frena titularización de obra pública preocupada por riesgos de construcción”**, escrita por el periodista Esteban Ramírez Castro, la cual citamos anteriormente<sup>59</sup> que relata como la SUGEVAL detiene por completo y a su criterio estanca el camino de las instituciones públicas que pretendían realizar un contrato de fideicomiso. Esto hasta que no se dé una reforma al ROPV que regule la figura eliminando las lagunas normativas y los altos riesgos para los inversionistas.

Pero ante esta noticia la administración de la Universidad de Costa Rica manifestó no estar de acuerdo con el enfoque de la noticia, pues considera que no todos los fideicomisos se frenarían, pues manifiestan que ellos continúan en el camino. La Universidad de Costa Rica, como se estudiará en nuestro último capítulo, siempre tuvo un planteamiento del fideicomiso, diferente a las otras instituciones públicas, por lo cual ellos estaban seguros de que su contrato de fideicomiso podría continuar su camino a la realización.

La discrepancia con la noticia fue informada mediante un comunicado a la población, administrativa, docente y estudiantil de la institución, el cual decía lo siguiente:

***“UCR discrepa enfoque del Financiero***

*La Rectoría de la UCR manifiesta que en el artículo del semanario El Financiero, edición N° 734, del 3 al 13 de setiembre del 2009 se da la siguiente información que puede confundir al lector:*

*“[l]os fideicomisos para financiar infraestructura pública con la venta de títulos valores tuvieron que frenar en seco”, por cuanto “[l]os problemas surgieron en mayo anterior, cuando la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) objetó el esquema que se pretendía utilizar con el fideicomiso firmado entre el Nacional y la*

---

<sup>59</sup> Página 81, del presente trabajo de investigación.

*Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)”. El reportaje en cuestión señaló, por otra parte, que la situación descrita provoca un “...embotellamiento en la pista , ya que, detrás de la CCSS venían los fideicomisos del Ministerio de Hacienda, la Universidad de Costa Rica (UCR), el Ministerio de Educación Pública (MEP) y RACSA, entre otros, estructurados con una fórmula similar al de la Caja.” Finalmente, la nota periodística concluye que “[e]n estos momentos, varios de estos fideicomisos están a la espera de lo que logre negociar la Dirección de Banca de Inversión del Nacional con la SUGEVAL, para hacer las modificaciones a los contratos y retomar el trayecto.”*

***Al respecto se aclara:***

*(1) El esquema de Fideicomiso firmado entre la Universidad de Costa Rica y el Banco Nacional es –jurídica y operativamente–, muy distinto al suscrito con la CCSS, con el Ministerio de Educación Pública, con RACSA o con el Ministerio de Hacienda. Estas diferencias fueron expuestas, directamente, frente a altos funcionarios de la SUGEVAL, donde se le expresó nuestra preocupación por el hecho de que se esté colocando el esquema universitario en las mismas condiciones que los otros esquemas, reiterando así los contrastes entre los modelos propuestos.*

*(2) El modelo jurídico que se negoció y finiquitó entre la UCR y el BNCR, fue refrendado por la Contraloría General de la República y se basa en un proceso de captación de recursos y construcción de obras, para posteriormente titularizar el flujo de efectivo que esas obras generen mediante un esquema de arrendamiento operativo, el cual la Universidad se compromete a cancelar al Fideicomiso y, con ello, a los inversionistas, reduciéndose considerablemente los riesgos. El esquema propuesto es jurídica y conceptualmente lo suficientemente amplio como para que el Fideicomiso comience con el desarrollo de las obras mediante un financiamiento bancario (“préstamo puente”) y una vez levantadas estas, proceder a la titularización señalada.*

*(3) El contrato vigente del Fideicomiso entre la UCR-BNCR se redactó sopesando elementos técnicos que, de una u otra forma, garantizan la seguridad jurídica del instrumento utilizado , ya que, en todo momento la UCR ha dispuesto de un equipo de profesionales altamente calificados que han examinado y dado seguimiento minucioso*

*a todo el proceso jurídico, administrativo y financiero.*

*(4) En días pasados, se analizó internamente el Informe sobre los procesos de titularización emitido por la SUGEVAL (a propósito de los fideicomisos del ICE y de la CCSS) a que se refiere la nota periodística y se llegó a la conclusión inequívoca de que el Fideicomiso UCR-BNCR se estructuró en condiciones muy distintas y que el análisis del mismo se debe hacer considerando un escenario también especial. Por lo tanto, colocar a todos los fideicomisos en un mismo plano operacional y conceptual es un error.*

*(5) A partir del mes de marzo pasado, se creó internamente en esta Casa de Estudios la unidad responsable de los Megaproyectos, con el objetivo de garantizar un avance oportuno de todas las actividades contempladas en el Contrato de Fideicomiso. Igualmente, a la Escuela de Arquitectura se le encomendó trabajar en el levantamiento de los estudios preliminares de los proyectos y, en este momento, se está en las etapas finales de la definición de las características de la infraestructura, las cuales, una vez que se tengan, serán remitidas al Fideicomiso para que se proceda con el proceso de contratación del diseño arquitectónico. Vale la pena mencionar que se está coordinando con el Progai el levantamiento de los permisos del SETENA, con la idea de aprovechar una capacidad instalada con la que cuenta nuestra institución.*

*(6) Los proyectos que forman parte de la primera etapa del Fideicomiso y en los cuales se está trabajando en este momento son:*

- Facultad de Ciencias Sociales*
- Facultad de Derecho*
- Facultad de Ingeniería*
- Edificio para la Biblioteca de la Facultad Ciencias Agroalimentarias*
- Residencias estudiantiles de la Sede Central*
- Edificio de la Vicerrectoría de Investigación y el SEP*

***Para concluir, cabe enfatizar lo siguiente:***

*La Universidad de Costa Rica ha realizado y continuará realizando todos los esfuerzos por desarrollar las obras de infraestructura que nos permitan estar en mejores*

*condiciones para responder a una demanda creciente del país y, por supuesto, mejorar así las condiciones de enseñanza, de investigación y de acción social, para el beneficio de todos y todas las costarricenses.”<sup>60</sup>*

De lo anterior se observa que la SUGEVAL a partir del estudio que hizo del contrato de fideicomiso de la CCSS decide suspender todas autorizaciones que estaban por darse, hasta que se diera una reforma del Reglamento de Oferta Pública de Valores, pero queda la inquietud: ¿Era necesario suspender la aprobación de los demás fideicomisos y era la única salida la reforma a este reglamento?

El señor Denis Campos González, en su tesis doctoral “Los Fideicomisos como mecanismo de financiamiento de Obras Públicas en Costa Rica”, cita parte de la entrevista que le realizó al señor Luis González Aguilar, director jurídico de la SUGEVAL, que en relación con esto expuso:

*“... sencillamente lo que el regulador hace es responder a las necesidades que se encuentren en el mercado. Entonces, que es lo que sucede, resulta que hay una necesidad de traer un producto que ya no calzaba dentro con lo que era la titularización, que tenía una cierta estructura, esa participación del Estado, que lo que realmente financiaba era el arrendamiento, que era para suplir la necesidad del desarrollo de obra pública. Entonces se acude a generar un espacio regulatorio para esa figura, para que esa figura pueda venir al mercado, a establecer las reglas y esa figura si se quiere usar para la universidad o para la CCSS, porque ahora resulta como planteaba usted, se ve venir una ola, cuales son las condiciones que el regulador pediría para que eso venga al mercado. Entonces eso es, un regulador no puede ver un producto como la nueva versión, el re-load de la versión anterior. Si no que se trata de si la regulación es útil, el tema es si la regulación alcanza o no alcanza, entonces bueno en este caso hay que regularlo, sobre la marcha. Porque ahí entonces el esquema de titularización como tal ya no correspondía a lo que se estaba planteando con todas esas características. Viendo la titularización como un patrimonio aislado, en un vehículo específico, para que ese vehículo emita teniendo respaldo, ese patrimonio que se aisló,*

---

<sup>60</sup> El documento citado corresponde a un comunicado de prensa que realizó la UCR a la población estudiantil, administrativa y docente, y se encontraba en la página de su sitio web [www.ucr.ac.cr](http://www.ucr.ac.cr), fue consultada el día 28 de noviembre del 2012, pero actualmente ya no se encuentra en ese sitio web.

*para que el respaldo de los inversionistas y como vehículo de financiamiento para una actividad de construcción de obra pública, que puede ser desarrollo de inmuebles, aquí ya este proceso se estaba dando porque lo que se estaba haciendo en los fideicomisos al fin de cuentas, hay que pasar por todo el proceso de construir y asumir todos los riesgos y entonces de momento esa es otra figura para que se quiere generalizar y con eso se puede construir aulas, EBASIS, etc. Una cosa es llegar y decir>: bueno muchachos, a este mercado no viene nadie, para eso búsqense un concesionario, como lo hacen en Colombia, Chile o en otros lados. O se dice: para eso vaya invéntese una regulación a nivel legal de proyectos de participación público-privados (PPI), como hacen en Inglaterra o Australia, tienen varios nombres, las siglas varían según el país, pero entonces los proyectos de participación públicos-privados, resulta que cuando no están esas figuras luego lo quieren hacer, cuáles son las exigencias regulatorias que se van a pedir para que esto funcione. Vamos a ver yo creo que lo que hay que hacer si se quiere llevar a cabo esa figura sería ponerle unas reglas para que funcione y en el caso del fideicomiso de desarrollo de obra pública ahí están. ”<sup>61</sup>*

Es bajo estas circunstancias, que se detiene la aprobación de los contratos de fideicomiso por parte de la SUGEVAL y se inicia con la reforma al Reglamento de Oferta Pública de Valores, reforma que se analizará a continuación:

A.2. Se resuelve hacer una reforma al reglamento sobre oferta pública de valores, incluyendo un capítulo que regule los FIDEICOMISOS DE DESARROLLO DE OBRA PÚBLICA (FIDOP):

La reforma a este reglamento nace como una propuesta por parte de la SUGEVAL al CONASSIF, para conseguir la separación de lo que era la titularización, llana y simple y el desarrollo de la obra pública.

Del texto de la reforma, basándose en sus considerandos se puede observar que las principales razones de la reforma fueron las siguientes:

---

<sup>61</sup> Campos González, Denis. (2012). Los fideicomisos como mecanismo de financiamiento de obras públicas en Costa Rica. Pág. 535.

a.- El interés de la administración pública de utilizar esquemas nuevos de financiamiento para el desarrollo de la obra pública. Y la incursión de la Administración Pública en la utilización de la figura del fideicomiso combinado con los arrendamientos, la cual si había sido exitosa por parte del ICE, pero que la SUGEVAL al revisar las nuevas propuestas consideran que habían perdido la noción de esta figura y no cumplían con todos los requisitos. Lo anterior se desprende del considerando II y III, que establecían lo siguiente:

*“II. La administración pública ha demostrado interés en utilizar esquemas alternativos de financiamiento y ejecución para el desarrollo de obra pública.*

*III. El mercado de valores ya ha sido utilizado como fuente alternativa de financiamiento para ejecutar proyectos de obra pública importantes para el país, bajo el esquema contractual de fideicomisos de titularización combinados con arrendamientos. En estos casos, únicamente se pueden fideicometer aquellos activos con capacidad de generar flujos de ingresos actuales o futuros, periódicos y predecibles. Además, para que opere la titularización se requiere que la entidad titular de dichos activos (originador) los ceda a un patrimonio separado, con el propósito de respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Sin embargo, recientemente la Superintendencia General de Valores ha recibido propuestas para el desarrollo de obra pública que no consideraban estas características.”<sup>62</sup>*

b.- La SUGEVAL creía en la posibilidad de poder desarrollar obra pública a partir de figuras del mercado de valores, pero no de manera aleatoria o genérica, sino que consideraba necesario establecer unas reglas específicas para que la administración pública pudiera incursionar en este ámbito, esto se explica en el considerando IV que establece que:

*“IV. Es posible normar las condiciones mínimas de acceso al mercado de valores de una figura, dentro del marco de la regulación de la oferta pública, que permita la*

---

<sup>62</sup> Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, artículo 8 del acta de la sesión 881-2010, celebrada el 17 de setiembre del 2010.



*consecución de los objetivos de financiamiento y desarrollo simultáneo de obra pública por medio del mercado de valores y que considere disposiciones relacionadas entre otros aspectos, con los requisitos, características, condiciones y riesgos, necesarias de revelarse a los inversionistas. En este sentido, se considera razonable permitir la oferta pública de valores provenientes de fideicomisos de desarrollo de obra pública, en los que la Administración Pública conviene con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento con o sin opción de compra por parte de dicha Administración.*”<sup>63</sup>

c.- Se toma también en cuenta al inversionista, tanto en la posibilidad de ampliar las opciones de inversión, como en procurar la protección en las inversiones, eliminando riesgos muy elevados para los inversionistas. Esto queda claro en el considerando V:

*“V. El público inversionista del mercado de valores requiere contar con nuevas opciones y productos de inversión para obtener una mayor diversificación de sus portafolios personales. En este sentido, se considera oportuna la incorporación de los fideicomisos de desarrollo de obra pública, en el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores vigente. La utilización de esta figura debe ir acompañada de un marco regulatorio y un régimen de supervisión que procuren la protección de los inversionistas. Para tales efectos, los fideicomisos de desarrollo de obra pública deben contar con una estructura y mecanismos de revelación y gestión acordes con la tutela de los intereses de los inversionistas y de la Administración Pública. No obstante, este Consejo no considera que le corresponda ni deba generar la normativa propia de un contrato de fideicomiso de obra pública, sino tan solo la normativa regulatoria, prudencial y fiscalizadora que corresponda a la participación de los fideicomisos de obra pública en el mercado de valores.”*<sup>64</sup>

d.- Se pretende resguardar con esta reforma características que debían tener los contratos de fideicomisos, por ser utilizados por la administración pública y que al parecer de la SUGEVAL no estaban presentes en los contratos de la CCSS y el INFOCOP y entre esas: la participación activa de la administración pública; siendo

---

<sup>63</sup> Ídem.

<sup>64</sup> Ídem.

guías en la construcción de la obra; resguardando que se dé un desarrollo adecuado; participando activamente en la vigilancia de las obras; etc. Además, la reforma pretende regular de manera clara el asunto de los bienes que sean propiedad del fideicomiso, porque no hay que perder de vista, que estos bienes son bienes de la administración pública que se traspasan al fideicomiso, o en su defecto los adquiere el fideicomiso, pero que en algún momento pasaran a ser de la administración pública. Y no menos importante regular que los valores que emitan estos fideicomisos son de oferta pública restringida, salvo que las emisiones cuenten con un aval o garantía, según las condiciones establecidas en el Reglamento. Estos puntos se desarrollan en los considerandos VI, VII y VIII, los cuales dicen lo siguiente:

*“VI. Resulta esencial que la Administración Pública, en su condición de fideicomitente, participe permanentemente en el desarrollo, ejecución y vigilancia del proyecto encargado. En especial el fideicomitente debe definir las características del proyecto a desarrollar y velar durante la vigencia del contrato por que dichos requerimientos sean satisfechos, participar activamente en la definición de la estructura administrativa y funcional del fideicomiso, conocer sus informes, así como cumplir con el pago del arrendamiento pactado a partir de una fecha preestablecida, incluyendo sus ajustes.*

*VII. Las obras que se desarrollen mediante la utilización de este tipo de fideicomisos revisten un carácter público, por lo que la titularidad de los bienes que conforman el patrimonio del fideicomiso se debe ejercer mediante mecanismos transparentes, que permitan la fácil y clara determinación del propietario. La utilización de mecanismos de propiedad como figuras societarias, fideicomisos, o similares, podría resultar en una estructura compleja que dificulte este propósito. Por ello, se considera necesario que la incorporación de activos al fideicomiso se efectúe de forma directa, generando así un ambiente de control apto para la transparencia de la figura.*

*VIII. Por la naturaleza y complejidad del desarrollo de obra pública, así como por la novedad del producto en el mercado costarricense, los valores que emitan estos fideicomisos son de oferta pública restringida, salvo que las emisiones cuenten con un aval o garantía, según las condiciones establecidas en el Reglamento, o cuando*

*la conclusión de la fase de construcción se encuentre debidamente documentada, en estos casos las emisiones se podrán ofrecer al público en general.*<sup>65</sup>

e.- En el considerando IX, también se toma en cuenta que se debe regular el límite de endeudamiento que tengan los fideicomisos de desarrollo de obra pública.

*“IX. El artículo 14 del Reglamento mencionado regula el nivel máximo de endeudamiento permitido para las empresas no sujetas a la supervisión de la SUGEF que hayan obtenido la autorización de oferta pública ante la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), así como el permitido a los emisores de valores provenientes de procesos de titularización que emitan valores de deuda. Es preciso modificar el artículo 14 indicado con el fin de regular el endeudamiento que se permite a los fideicomisos de desarrollo de obra pública.”*

Siguiendo el protocolo adecuado, una vez expuesta la propuesta de la SUGEVAL, esta fue sometida a un periodo de consulta de 15 días, donde participaron 18 entes interesados, tanto públicos como privados y cuyos aportes se encuentran en el documento **“Matriz de observaciones del medio y cambios a la propuesta de modificación al reglamento sobre oferta pública de valores, para la creación de los fideicomisos de desarrollo de obra pública”**<sup>66</sup>.

De este documento, el cual es muy amplio, cuenta de 130 páginas donde constan todos los comentarios realizados por las 18 instituciones que participaron, se hace mención de los principales cambios dados del documento original propuesto, por las observaciones realizadas:

a.- En el artículo 76, relativo a las partes del fideicomiso, en su inciso c establecía “El fideicomisario: Únicamente puede constituirse como fideicomisario la Administración Pública, para la que esté destinada el proyecto”. Ante esta disposición la Universidad de Costa Rica manifestó lo siguiente: “Es importante aclarar el tratamiento que se les da a los inversionistas en este caso, ya que, al constituirse beneficiarios indirectos del proceso de titularización, deberían ser tratados de alguna forma como fideicomisarios.”

---

<sup>65</sup> Ídem.

<sup>66</sup> Superintendencia General de Valores (2013). Recuperado de: [http://www.sugeval.fi.cr/normativa/DocumentosAsociadosAReglamentos/OP\\_Matriz.doc](http://www.sugeval.fi.cr/normativa/DocumentosAsociadosAReglamentos/OP_Matriz.doc)

Esta observación fue aceptada y se modificó el inciso de la siguiente manera:

*“c. El fideicomisario: Serán fideicomisarios la Administración Pública para la que esté destinada el proyecto así como los inversionistas tenedores de valores emitidos por el fideicomiso.”*

b.- El artículo 80, del proyecto regulaba de la siguiente manera lo correspondiente a la Unidad Administradora de Proyectos “La unidad administradora de proyectos debe ser un cuerpo colegiado de profesionales, de los cuales al menos uno debe ser independiente del grupo de interés económico al que pertenece la entidad fiduciaria y del fideicomitente, según la definición de grupo económico establecida en el Reglamento general sobre sociedades administradoras y fondos de inversión. La unidad debe contar con el perfil técnico necesario para la administración del proyecto y la ejecución de las obras públicas a desarrollar. De tal forma que además, del conocimiento financiero y legal, debe contar con la experiencia y conocimiento relacionado con el desarrollo de obra pública similar a la que se va a desarrollar.” Ante esto los diferentes consultores encontraron un debilidad del articulado, citamos el comentario realizado por la Cámara Costarricense de Emisores de Títulos Valores, por ser el más claro y sobre el cual versa el cambio “Consideramos importante, tener claro que la unidad administradora es un órgano técnico auxiliar del fideicomiso, que da soporte durante todo el proceso constructivo de la obra, de tal forma que debe guardar importantes criterios de independencia en su actuar. Desde esta perspectiva, sugerimos los cambios que se destacan para la redacción de este artículo: “La Unidad administradora de proyectos debe ser un órgano técnico e independiente de apoyo al fiduciario, que debe velar por los mejores intereses del proyecto. Todos sus miembros deben ser independientes del grupo de interés económico al que pertenece la entidad fiduciaria y del fideicomitente, según la definición de grupo económico establecida en el Reglamento general sobre sociedades administradoras y fondos de inversión. La unidad debe contar con el perfil técnico necesario para la administración del proyecto y la ejecución de las obras públicas a desarrollar. De tal forma que además, del conocimiento financiero y legal, debe contar con la experiencia y conocimiento relacionado con el desarrollo de obra pública similar a la que se va a desarrollar”

Se aceptó esta observación y con respecto a la Unidad Administradora de Fideicomisos se reguló lo siguiente:

“La unidad administradora de proyectos debe estar conformada por un grupo de profesionales, con total independencia del fideicomitente, del fiduciario y su grupo vinculado, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 9 del Acuerdo SUGEF - 4-04 “Reglamento sobre el grupo vinculado a la entidad”. La unidad debe contar con el perfil técnico profesional o científico, según sea el caso, necesario para la administración del proyecto y la ejecución de las obras públicas a desarrollar.”

c.- Otro cambio sustancial tuvo que ver con el financiamiento de la Obra, en el proyecto se establecía en el artículo 87 lo siguiente: “De las fuentes de financiamiento: Las distintas fuentes de financiamiento que puede utilizar el proyecto se deben establecer en el contrato de fideicomiso. Los fideicomisos de desarrollo de obra pública pueden acudir al mercado de valores y obtener crédito de bancos o de terceros, o una combinación de estos, para financiar el proyecto en cualquier etapa de desarrollo, diseño o construcción y equipamiento; o refinanciar sus pasivos, para lo cual, se debe cumplir con los requisitos establecidos para tales efectos en el siguiente capítulo.”

En este caso se tomó en cuenta las observaciones realizadas por la Universidad de Costa Rica que manifestó lo siguiente: “En el párrafo segundo debería haber una coma después de valores y eliminar la y, de manera que se lea: Los fideicomisos de desarrollo de obra pública pueden acudir al mercado de valores, obtener crédito de bancos o de terceros, o una combinación de estos, para financiar el proyecto en cualquier etapa de desarrollo, diseño o construcción y equipamiento; o refinanciar sus pasivos, para lo cual, se debe cumplir con los requisitos establecidos para tales efectos en el siguiente capítulo.” Este artículo, el cual pasa a ser el artículo 88, se amplía y queda de la siguiente manera: “Artículo 88. De las fuentes de financiamiento: Los fideicomisos de desarrollo de obra pública que capten recursos mediante la colocación de emisiones en el mercado de valores, en los términos y condiciones que se establecen en este reglamento, podrán también obtener recursos a

través de créditos bancarios o de terceros para financiar el proyecto en cualquier etapa de desarrollo, diseño o construcción y equipamiento; o refinanciar sus pasivos. Las distintas fuentes de financiamiento que puede utilizar el proyecto, así como la posibilidad de refinanciar sus pasivos a través del mercado de valores, se deben establecer en el contrato de fideicomiso. En el prospecto se debe revelar, en términos generales, la estructura planeada de financiamiento del proyecto, las condiciones que deben reunir las operaciones de crédito, así como la posibilidad de refinanciar pasivos y de ejecutar cláusulas de redención anticipada de las emisiones.”

d.- En el artículo 89 inciso b se establecía lo siguiente: “Los valores deben ser de oferta pública restringida de conformidad con el artículo 13 de este Reglamento.”, pero este fue un punto del que no estuvieron de acuerdo varias instituciones, entre ellas el Banco Nacional de Costa Rica, el Banco de Costa Rica, la Bolsa de Valores, la Cámara Costarricense de Emisores de Títulos Valores, Aldesa Fideicomisos y la Universidad de Costa Rica, todos se pronunciaron bajo tesis similares, se cita la posición de la Universidad de Costa Rica por ser breve y concisa:

“Ese inciso se refiere a que todos los valores que se emitan públicamente con base en un fideicomiso de obra pública son de naturaleza restringida lo cual es atendible y aceptable para la etapa de construcción, donde se percibe que existe un mayor nivel de riesgo, el cual se debe retribuir con un mayor costo.

Sin embargo, en una etapa de arrendamiento, donde el nivel de riesgo percibido es significativamente menor, resulta oneroso mantener la naturaleza de restringida. Este aspecto debe relacionarse con lo señalado en el artículo 92 donde se menciona el refinanciamiento de pasivos del fideicomiso a través del mercado de valores, pero no es claro en que las emisiones correspondientes sean o no de naturaleza restringida.”

e.- También hubo un cambio importante en lo que respecta al refinanciamiento de los pasivos del fideicomiso a través del mercado de valores, regulado en ese primer proyecto en el artículo 92 y luego de la modificación en el artículo 93, anteriormente establecía: “El refinanciamiento de pasivos a través del mercado de valores únicamente se permite cuando se hayan concluido las fases de construcción y equipamiento, sin haber recurrido a esta fuente de financiamiento, para lo cual se requiere: a. Demostrar la aceptación del proyecto por parte de la Administración Pública que lo utilizará. b. Presentar los finiquitos formales con las empresas

constructoras y proveedoras de equipo, así como cualquier otra empresa que haya prestado servicios de cualquier tipo durante la etapa constructiva. La posibilidad de refinanciar pasivos una vez concluido el proyecto, así como la necesidad de contar con la aceptación por parte de la Administración Pública y la responsabilidad del fiduciario de presentar los finiquitos formales, debe constar en el contrato de fideicomiso”. Ante este artículo el Banco de Costa Rica manifiesta una insuficiencia y alega “Tal y como está propuesto este artículo, donde se permite el refinanciamiento de los pasivos sólo cuando se hayan concluido las fases de construcción y equipamiento; nos parece una condición que le resta flexibilidad a los proyectos de obra pública y, eventualmente, los obliga a asumir costos más elevados por la imposibilidad material de readecuar sus fuentes de financiamiento, que en todo caso, en la mayoría de las veces tendrá como objetivo reducir el costo financiero o mejorar el plazo del financiamiento del proyecto. Recordemos que en cierto tipo de proyectos, como la construcción de plantas hidroeléctricas, su fase constructiva toma varios años en finalizar, tiempo suficiente para que cambios en el entorno y/o en los mercados provean valiosas oportunidades para optimizar el costo en esta fase y para ello se necesita flexibilidad en la estructura de financiamiento.

Se debe comprender que las fuentes de financiamiento de un proyecto pueden ser de corto, mediano y/o largo plazo; además, de tipo bancario, comercial y/o del mercado de valores; con opción de ser obtenido en el país o en el exterior, redimible al vencimiento o con opciones de cancelación anticipada; en moneda local y/o moneda (s) extranjera (s). Entonces, el financiamiento inicial disponible para el arranque de un proyecto puede ser de un tipo, pero conforme avanza, tener opción de acceder a otro tipo de recursos, con costos más favorables y plazos más convenientes. ¿Por qué un proyecto mediante un fideicomiso de obra pública no puede tener acceso a las múltiples fuentes disponibles en procura de optimizar su costo? No encontramos una razón técnica, ni financiera, para que la Superintendencia incorpore la limitante señalada en este artículo del Reglamento.

Vale recordar además, que para cierto tipo de financiamiento, como el proveniente de Instituciones Financieras Internacionales (IFIS), o del mercado de valores internacional; el plazo para su concreción por lo general es mayor que el plazo de fuentes locales, sin embargo, se puede obtener con frecuencia en condiciones de costo más favorables y plazos más convenientes. No se le debe negar a los proyectos

de obra pública del país la posibilidad de acceso a distintas fuentes de fondeo con la flexibilidad suficiente. Claro está que, si existen emisiones de valores inscritas y colocadas en el mercado local, se debe informar de manera suficiente, oportuna y detallada por medio de comunicados de hechos relevantes cualquier cambio en la estructura de financiamiento de un proyecto y su posible impacto, si lo hubiera, sobre las emisiones en circulación.

Por tal motivo, se solicitó a la Superintendencia una reconsideración con respecto a la redacción de este artículo, de manera que se dé flexibilidad al fideicomiso de financiar y refinanciar un proyecto de obra pública, sin restricciones, a lo largo de proceso constructivo y de equipamiento, así como durante la vigencia de los contratos de arrendamiento; siempre y cuando se hagan las revelaciones suficientes al mercado.”. Este comentario es tomado en cuenta y se adiciona una nueva redacción al proyecto, la cual queda de la siguiente manera: “Los fideicomisos de desarrollo de obra pública que, una vez concluidas las fases de construcción y equipamiento, refinancien sus pasivos por medio del mercado de valores, pueden optar por inscribir emisiones de oferta pública de valores dirigida al público en general, para lo cual se requiere: a. Demostrar la aceptación del proyecto por parte de la Administración Pública que lo utilizará. b. Presentar los finiquitos formales con las empresas constructoras y proveedoras de equipo, así como cualquier otra empresa que haya prestado servicios de cualquier tipo durante la etapa constructiva. La posibilidad de refinanciar pasivos una vez concluido el proyecto, así como la necesidad de contar con la aceptación por parte de la Administración Pública y la responsabilidad del fiduciario de presentar los finiquitos formales, debe constar en el contrato de fideicomiso”.

Así vemos cuáles fueron los principales cambios que se realizaron posterior a la consulta, después de esto se tuvo como resultado la aprobación de la reforma del Reglamento sobre la Oferta Pública de Valores, donde se regula de manera “típica” el Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública (FIDOP), de los artículos 73 al 93 inclusive.

En la próxima sección se analizarán los alcances de la normativa estipulada en este reglamento.



## ***Sección II: Requisitos para la ejecución de un FIDOP. Análisis normativo.***

Como se vio en la sección anterior, se modifica el Reglamento sobre Oferta Pública y Valores para dar nacimiento a la figura del “Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública (FIDOP).

Se modificó el nombre del Título IV del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, el cual pasa a ser “VALORES PROVENIENTES DE PROCESOS DE TITULARIZACIÓN, FIDEICOMISOS DE DESARROLLO DE OBRA PÚBLICA Y OTROS VALORES ESTRUCTURADOS” y dentro de este título se adiciona un capítulo II titulado “VALORES PROVENIENTES DE FIDEICOMISOS DE DESARROLLO DE OBRA PÚBLICA”, en el cual se regula todo lo correspondiente a la figura que surge.

En este capítulo se regula el FIDOP, como un fideicomiso emisor de títulos valores, especializado para el sector público y se diferencia del fideicomiso de titularización estudiado anteriormente en el presente trabajo de investigación.<sup>67</sup>

Se puede apreciar que la figura del FIDOP, viene a ser una especie de híbrido entre diferentes figuras, como por ejemplo; Los fideicomisos de titularización, los contratos de leasing y los fondos de desarrollo inmobiliario, esto con el fin de crear una figura que contenga los principales aspectos de los anteriores y las características aptas para que lo utilice la administración pública.

En el ordenamiento jurídico nacional nace una figura novedosa, que surge del resultado de un estudio de la utilización de fideicomisos públicos en otros países y una adaptación de diversas entidades financieras, a la realidad de las necesidades de nuestro país.

En el Reglamento sobre Oferta Pública de Valores se regula lo correspondiente a los Fideicomisos de Desarrollo de Obra Pública de la siguiente manera:

---

<sup>67</sup> Ver Título II, capítulo I. pág. (agregar página)

## A.-Generalidades del FIDOP

Es importante para empezar, definir que es un FIDOP y esto se hace en el artículo 73 del ROPV de la siguiente manera:

*“Artículo 73. —Fideicomiso de desarrollo de obra pública. El fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento, operativo o financiero, con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública. A estos efectos, la Administración transmite al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, tales como derechos de uso, de usufructo, flujos futuros de efectivo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, propiedades inmuebles entre otros, de los cuales sea titular.*

*Con posterioridad a la constitución del fideicomiso, el fiduciario puede incorporar al fideicomiso otros activos adquiridos directamente por él o cedidos por otra entidad de la Administración Pública o terceros, que resulten necesarios para el desarrollo del proyecto, según lo dispuesto en el contrato de fideicomiso. Para los efectos de este reglamento, no se permite la incorporación de activos al fideicomiso a través del uso de vehículos de estructuración como figuras societarias, fideicomisos, u otros similares.*

*La emisión de valores de oferta pública sustentados en procesos de desarrollo de obra pública debe sujetarse, en lo que corresponda, a lo dispuesto en el título anterior y a las condiciones especiales establecidas en el presente título.”*

En resumen se puede decir que el FIDOP es un contrato entre la administración pública, quien funge como fideicomitente y un fiduciario (hasta ahora en la práctica han fungido como fiduciarios únicamente los bancos estatales Banco Nacional de Costa Rica y Banco de Costa Rica). El único fin de este contrato de fideicomiso es

llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y el desarrollo de una obra pública, para posteriormente realizar un arrendamiento, operativo o financiero, con o sin opción de compra por parte de la Administración.

Para realizarlo la Administración debe transmitir al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para el desarrollo del proyecto (derechos de uso, de usufructo, flujos futuros de efectivo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, propiedades inmuebles entre otros), de los que sea titular. El proyecto puede incluir una o varias obras e incluir equipamiento y la prestación de servicios complementarios, relacionados con el cuidado y mantenimiento de la obra, que el fideicomiso brinde a la Administración.

Con posterioridad a la constitución del fideicomiso, el Fiduciario puede incorporar al fideicomiso otros activos adquiridos directamente por él o cedidos por otra entidad de la Administración o terceros, que resulten necesarios para el desarrollo del proyecto, según lo dispuesto en el contrato de fideicomiso. No se permite la incorporación de activos al fideicomiso a través del uso de vehículos de estructuración como figuras societarias, fideicomisos u otros similares.

Posteriormente a la definición de lo que es un FIDOP en el Reglamento de Oferta Pública de Valores, se procuró definir también otros conceptos básicos e importantes, como lo son Administración Pública, Obra Pública y Proyecto en el artículo 74:

*“Artículo 74. Definiciones. Para efectos de este capítulo, se entiende por:*

*a. Administración Pública: El Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el Poder Legislativo, el Tribunal Supremo de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes, el sector descentralizado territorial e institucional, órganos desconcentrados, los entes públicos no estatales que brinden servicios públicos y las entidades o empresas públicas y de servicios públicos.*

*b. Obra pública: Cualquier obra o estructura que la Administración Pública requiera para brindar un servicio público o cumplir con el fin público que persigue.*

*c. Proyecto: Las obras públicas prefijadas por la Administración Pública en el contrato de fideicomiso. Puede estar conformado por una o varias obras e incluir equipamiento y la prestación de servicios complementarios, relacionados con el cuidado y mantenimiento de la obra, que el fideicomiso le brinde a la Administración Pública.”*

Definido el término de “proyecto”, es necesario marcar el parámetro de las condiciones de los proyectos susceptibles a desarrollarse mediante la utilización de un FIDOP y de eso se encargan en el artículo 50 del ROPV de la siguiente manera:

*“Artículo 75. —Condiciones de los proyectos a desarrollar. Los proyectos a desarrollar deben acatar las siguientes disposiciones:*

*a. Los proyectos deben estar estrictamente relacionados con el desarrollo de obra pública en el territorio nacional y con el fin público perseguido por la Administración Pública.*

*b. El proyecto a desarrollar debe estar prefijado en el contrato de fideicomiso. Una vez registrada la primera emisión de valores de oferta pública, no se pueden incorporar al fideicomiso nuevos proyectos o nuevas obras que no formen parte de la concepción inicial del proyecto.*

*c. Las características generales del proyecto a desarrollar deben ser definidas por el fideicomitente, quien es responsable de velar, durante el período de vigencia del contrato, en especial durante el periodo de construcción y equipamiento, que tales requerimientos sean acatados por el fiduciario. Estas características deben establecerse en el contrato de fideicomiso y revelarse en el prospecto.*

*d. La prestación de servicios complementarios que el fideicomiso le brinde a la Administración Pública, puede formar parte del proyecto, únicamente cuando estén preestablecidos en el contrato de fideicomiso. Los contratos que regulen estos servicios deben estar a disposición del público. En el prospecto se debe revelar la prestación de los servicios, la existencia de los contratos que los regulan y los riesgos relacionados con estas actividades.*

*e. Previo a la autorización de oferta pública, el fiduciario debe ser el titular, en calidad de propietario fiduciario, de los activos cedidos en el contrato de fideicomiso para el desarrollo del proyecto.”*

A pesar de que la misma definición que se estudió anteriormente del FIDOP, nos da una idea de las partes que conforman el fideicomiso, el reglamento en concordancia con el código de comercio, en cuanto a las regulaciones generales del contrato de fideicomiso, regula de manera expresa las partes del FIDOP, en su artículo 76 de la siguiente manera:

*“Artículo 76. —Partes del fideicomiso de desarrollo de obra pública. Las partes del fideicomiso de desarrollo de obra pública se deben ajustar a los siguientes lineamientos:*

*a. El fideicomitente: Únicamente puede constituirse como fideicomitente la Administración Pública, según se define en el artículo 74 de este Reglamento.*

*b. El fiduciario: Pueden constituirse como fiduciarios los bancos sujetos a la supervisión de la SUGEF y los organismos financieros internacionales con participación del Estado costarricense.*

*c. El fideicomisario: Serán fideicomisarios la Administración Pública para la que esté destinada el proyecto, así como los inversionistas tenedores de valores emitidos por el fideicomiso.”*

Entonces retomando las ideas, el fideicomitente siempre va a ser la administración pública, ya en el artículo 74 se tiene clara la definición de administración pública que además, concuerda con la definición contenida en la Ley de Contratación Administrativa.

El fiduciario, a pesar de que en la práctica están incursionando en los FIDOP únicamente los bancos estatales BNCR y BCR, según el ROPV se admiten todos los bancos sujetos a la supervisión de la SUGEF, esto incluye a la banca privada,

también se admite a los organismos financieros internacionales con participación del Estado costarricense.

Y como fideicomisario, fungen la administración pública y los inversionistas tenedores de los títulos valores, como se vio en el capítulo anterior en un principio no se habían establecido los inversionistas como parte de los fideicomisarios, pero luego de un análisis se incorporan, porque estos también son beneficiarios del contrato y deben asegurar el cumplimiento del mismo, aunque sea en un momento diferente del que lo es la administración pública.

Teniendo claro las partes que conforman el fideicomiso, se debe regular lo que sería una de las cuestiones más importante del mismo, que son las funciones del fiduciario, de esto se encarga el artículo 77 del ROPV, que dice lo siguiente:

*“Artículo 77. —De las actividades del fiduciario. Las actividades propias del proceso de diseño, construcción, equipamiento, mantenimiento, vigilancia e inspección de las obras, deben ser realizadas por profesionales o empresas especializadas, de modo que el fiduciario no ejecute directamente dichas actividades.”*

Pero como se ve, lo que se hace no es delimitar las funciones del fiduciario, sino establecer una prohibición en cuanto a que este no debe encargarse personalmente de las actividades de diseño, construcción, mantenimiento, vigilancia, entre otros. Esto se da por la búsqueda de que las actividades se realicen por expertos en cada materia y el fiduciario solo debe cumplir con la actividad de administrar bien los recursos y contratar los expertos idóneos para que realicen estas actividades.

Ahora llegamos al artículo 78 del reglamento, que nos indica una serie de autorizaciones con las que debe contar el fideicomiso, al respecto se manifiesta lo siguiente:

*“Artículo 78. —Autorizaciones previas a la solicitud de autorización de oferta pública. El contrato de fideicomiso, sus contratos relacionados, así como las políticas, criterios de selección y disposiciones internas del fideicomiso deben*

*ajustarse, en lo que resulte pertinente, al bloque de legalidad de orden público, a las disposiciones relativas al derecho comercial, al mercado de valores y a las disposiciones que el Ministerio de Hacienda haya definido sobre la materia. Adicionalmente, se deben atender de manera específica los siguientes requisitos:*

*a. Previo a la autorización de oferta pública, el fideicomiso y aquellos contratos vinculados que así lo requieran deben contar con las autorizaciones que correspondan, de las dependencias del Ministerio de Hacienda, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Banco Central de Costa Rica y cualquier otra que se requiera, así como también contar con el refrendo por parte de la Contraloría General de la República.*

*b. Cuando se trate de un fideicomiso por parte del Poder Ejecutivo o alguna de sus dependencias que por la naturaleza del arrendamiento o alguna de las características del fideicomiso constituya o sea similar a deuda o crédito público, se debe acreditar la aprobación legislativa a la que se refiere el artículo 121 inciso 15 de la Constitución Política. En caso de que no califique como deuda o crédito público o similar, se requiere de una nota del Ministerio de Hacienda validando dicho criterio.*

*c. En los casos en que parte o la totalidad de los ingresos del fideicomitente provengan de transferencias del Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República o fuente similar, se requiere una carta de no objeción por parte del Ministerio de Hacienda.”*

De acuerdo con lo que se ha venido estudiando, el FIDOP es un híbrido, pues su esencia radica en un contrato de derecho comercial, por lo cual debe cumplir con las reglas del derecho comercial, pero como se vio en el artículo anterior se hace la advertencia de que por la participación de la administración pública, este sujeto de derecho privado, debe someterse al bloque de legalidad del orden público, así de esa forma es requisito indispensable cumplir con los avales de las instituciones anteriormente citadas.

Por último y no menos importante se debe regular lo concerniente a la terminación del contrato de fideicomiso, esto se regula en el artículo 79 del ROPV, que dice lo siguiente:

*“Artículo 79. —De la terminación del fideicomiso. El contrato de fideicomiso debe establecer en forma clara las causales de terminación. Asimismo, debe incluir los mecanismos de liquidación que se aplicarán para hacer frente a las obligaciones adquiridas remanentes, incluyendo las emisiones en circulación y otras obligaciones financieras”.*

Para evitar conflictos entre las partes del fideicomiso se debe estipular desde la redacción del mismo, de manera clara las causales de terminación del contrato, e incluir las consecuencias del mismo, como los mecanismos de liquidación que se deben aplicar para hacer frente a las obligaciones adquiridas con el mismo.

#### B.- Estructura Administrativa y funcional de los FIDOP:

Todo lo concerniente al gobierno de los FIDOP se regula en la sección II del capítulo II del título IV, del ROPV, este abarca los capítulos del 80 al 87, y se irá estudiando uno a uno.

Para empezar se tiene el artículo 80, que de manera general nos brinda los parámetros a seguir para que el fideicomiso cuente con una estructura adecuada que le ayude a conseguir sus objetivos, tanto a nivel administrativo como funcional. Y para esto se debe también establecer las políticas que rigen el fideicomiso, establecer lo correspondiente a la conformación de un comité de vigilancia y una unidad administradora de fideicomisos. También se debe tener en cuenta la necesidad de establecer los términos de las políticas y criterios de selección para la contratación de los profesionales o empresas a participar en el proyecto. También se debe indicar quiénes son los responsables de la elaboración y aprobación de las políticas y procedimientos que componen la estructura funcional y estos procedimientos y políticas deben estar a disposición del público inversionista. Con respecto este artículo dice lo siguiente:



*“Artículo 80. —De la estructura administrativa y funcional del fideicomiso. El fideicomiso debe contar con una estructura adecuada a su objetivo, tanto a nivel administrativo como funcional, la cual se debe establecer en el contrato de fideicomiso y se debe revelar a los inversionistas mediante un apartado en el prospecto.*

*La estructura administrativa, debe contemplar la existencia de una unidad administradora de proyectos y del comité de vigilancia, según lo dispuesto en este capítulo.*

*La estructura funcional debe incluir las políticas y procedimientos que rigen el fideicomiso y en particular a la unidad administradora y al comité de vigilancia. También debe definir en términos generales las políticas y criterios de selección para la contratación de los profesionales o empresas a participar en el proyecto. El contrato debe indicar quién o quiénes son los responsables de la elaboración y aprobación de las políticas y procedimientos que componen la estructura funcional. Dichos procedimientos y políticas deben estar a disposición del público inversionista.”*

En el artículo 81 se regula como debe estar conformada la unidad administradora de proyectos y como esta debe ser independiente a las partes del fideicomiso según el del Acuerdo SUGEF-4-04 “Reglamento sobre el grupo vinculado a la entidad”, dicho artículo estipula lo siguiente:

*“Artículo 81. —De la unidad administradora de proyectos. La unidad administradora de proyectos debe estar conformada por un grupo de profesionales, con total independencia del fideicomitente, del fiduciario y su grupo vinculado, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 9 del Acuerdo SUGEF-4-04 “Reglamento sobre el grupo vinculado a la entidad”. La unidad debe contar con el perfil técnico, profesional o científico, según sea el caso, necesario para la administración del proyecto y la ejecución de las obras públicas a desarrollar.”*

El artículo 82 regula lo concerniente a los informes sobre el avance del proyecto, que está obligada la unidad administradora del fideicomiso a presentar al menos trimestralmente y dicho artículo dice lo siguiente:

*“Artículo 82. —De los informes de la unidad administradora. La unidad administradora debe rendir al comité de vigilancia y al fiduciario, los informes de avance del proyecto, referentes a la construcción, equipamiento, aspectos presupuestarios, técnicos, financieros y otros que considere pertinentes al menos cada tres meses, o inmediatamente, tan pronto tenga conocimiento de situaciones o eventos trascendentales que incidan sobre la operativa del fideicomiso.*

*El fiduciario debe someter estos informes a conocimiento del fideicomitente con la periodicidad que se establezca en el contrato de fideicomiso. Igualmente, el contrato deberá establecer los plazos y procedimientos de aprobación y objeción que tendrá el fideicomitente para aprobar o improbar el informe y el procedimiento a seguir en este último caso. Igualmente, el fiduciario debe velar por que los inversionistas y otros acreedores que participen en el financiamiento de la obra tengan acceso a los informes y se remitan a la Superintendencia General de Valores, por los medios y en los plazos que esta determine mediante acuerdo, con el único fin de que se pongan a disposición del público en general, sin perjuicio del cumplimiento de las otras obligaciones de remisión de información que le corresponden al fideicomiso como emisor de valores, según lo dispuesto en el “Reglamento sobre el suministro de información periódica hechos relevantes y otras obligaciones de información” y demás normativa del mercado de valores.”*

En el artículo 83 del ROPV, se manifiesta que la contratación de los profesionales para la ejecución del proyecto es un deber del fiduciario, pero a través de la unidad administradora, dicho artículo reza lo siguiente:

*“Artículo 83. —De la contratación de profesionales o empresas especializadas para la ejecución de los proyectos. El fiduciario a través de la unidad administradora debe contratar, por cuenta del fideicomiso, profesionales o empresas especializadas para que lleven a cabo todas las actividades para el desarrollo de los proyectos. Los profesionales o empresas especializadas deben contar con experiencia en desarrollo de proyectos de similar magnitud en relación con el objeto del fideicomiso. Estos deben ser independientes de la entidad fiduciaria, de la entidad estructuradora y de sus respectivos grupos vinculados, de conformidad con lo establecido en los*

*artículos 6 y 9 del Acuerdo SUGEF-4-04 “Reglamento sobre el grupo vinculado a la entidad”.*

El artículo 84 del ROPV, regula una materia súper importante que es la gestión de riesgos, esta debe ser constante durante toda la durabilidad del contrato. Además, la política de gestión de riesgo se deben contemplar desde el inicio en el contrato de fideicomiso y estas políticas estarán a cargo del fiduciario, quien debe contar con un prospecto de estas políticas.

*“Artículo 84.- De la gestión de los riesgos asociados al fideicomiso. La gestión de los riesgos asociados al fideicomiso debe ser permanente durante la vigencia del contrato. Las políticas generales de gestión de riesgos deben constar en el contrato de fideicomiso. El fiduciario debe contar con políticas expresas y detalladas, las cuales deben ser reveladas en el prospecto.”*

En el artículo 85, se denota el protagonismo que tiene el fiduciario dentro del contrato de fideicomiso, este es el responsable de velar por el éxito de la obra en general y velar por que se cumplan con todos los requisitos de la misma, un ejemplo de ello es el deber elegir y después supervisar las labores de la unidad administradora de fideicomisos.

*“Artículo 85. —Vigilancia de la conformación y actuaciones de la unidad administradora. La responsabilidad de verificar, durante la vigencia del fideicomiso, el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 81, 83 y 84 de este Reglamento corresponde al fiduciario, para lo cual debe establecer los mecanismos y medios de control que considere pertinentes. La documentación utilizada como sustento para dichas verificaciones se debe mantener disponible y deberá ser suministrada a la Superintendencia General de Valores en los términos y condiciones que se requiera.”*

El artículo 86, regula lo concerniente al comité de vigilancia, cuya función principal es velar tanto por el resguardo de los inversionistas como por el fin público que debe cumplir el fideicomiso. En el contrato de fideicomiso se debe regular, todo lo concerniente a la cantidad, elección e idoneidad de los miembros del comité de

vigilancia. Cada una de las partes debe ser representada en este comité y existe una prohibición expresa de que dentro de este comité haya miembros de la unidad administradora de fideicomisos.

*“Artículo 86. —Del comité de vigilancia. Para cada fideicomiso de desarrollo de obra pública debe constituirse un comité de vigilancia que vele por la calidad de la gestión de los proyectos a desarrollar y la adecuada administración de los flujos provenientes de los contratos de arrendamiento, por parte del fiduciario. Este comité debe ser un grupo de profesionales con experiencia en el desarrollo y administración de proyectos, de similar magnitud en relación con el objeto del fideicomiso, de las cuales al menos una debe ser representante del fideicomitente y al menos una debe ser independiente del fideicomitente, de la entidad fiduciaria, de la entidad estructuradora y de sus respectivos grupos vinculados, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 9 del Acuerdo SUGEF-4-04 “Reglamento sobre el grupo vinculado a la entidad”.*

*La cantidad de miembros, los criterios y el procedimiento para su selección se deben estipular en el contrato de fideicomiso. Los miembros de la unidad administradora no pueden formar parte del comité.*

*El comité de vigilancia debe llevar actas de sus reuniones, en los términos en que lo determine el Superintendente, mediante acuerdo de alcance general. Asimismo, debe someter a conocimiento del fideicomitente y fiduciario, informes de gestión del fideicomiso, al menos cada tres meses, o inmediatamente, tan pronto tenga conocimiento de situaciones o eventos trascendentales que incidan sobre la operativa del fideicomiso, sin perjuicio del cumplimiento de las otras obligaciones de remisión de información que le corresponden al fideicomiso como emisor de valores.”*

El artículo 87, regula un tema sumamente importante, que son los conflictos de interés, entre las partes del fideicomiso y se establece que el fiduciario y fideicomitente deben prever estas situaciones y tener las políticas necesarias para la resolución de conflictos.

*“Artículo 87. —De los conflictos de interés. El fideicomitente y fiduciario deben establecer y aprobar políticas claras y auditables para la administración de los conflictos de interés, las cuales deben abarcar las actuaciones entre las distintas partes del fideicomiso, los integrantes de la unidad administradora, el comité de vigilancia, los sujetos que participen en el diseño, estructuración o colocación de la emisión de valores, las actuaciones de los directores y empleados del fideicomitente y fiduciario, así como sus relaciones con los contratistas, proveedores y otros sujetos vinculados al fideicomiso.*

*La existencia de posibles conflictos de interés y las políticas generales para el control y manejo de estos se deben revelar en el prospecto.*

*El fiduciario debe velar porque el fideicomiso cumpla con la normativa correspondiente según lo dispuesto en el Reglamento de gobierno corporativo.”*

#### c.- Financiamiento de los fideicomisos

En la sección III del capítulo II, del título IV del Reglamento sobre Oferta Pública y Valores, se encarga de regular lo correspondiente al financiamiento de los fideicomisos de desarrollo de obra pública, esto abarca los artículos del 88 al 93 inclusive. Reglamenta aspectos como las fuentes de financiamiento, las emisiones y sus condiciones, los mecanismos de mejora crediticia y refinanciamiento de los proyectos, así como la posibilidad de redención anticipada.

Se inicia con el artículo 88, el cual es bastante abierto en cuanto a las formas de captación de recursos por parte del fideicomiso, en cualquiera que sea la etapa en que se encuentre o para su refinanciamiento, esto siempre y cuando se hayan estipulado de previo en el contrato de fideicomiso y en el prospecto. Esta norma dice lo siguiente:

*“Artículo 88. —De las fuentes de financiamiento. Los fideicomisos de desarrollo de obra pública que capten recursos mediante la colocación de emisiones en el mercado de valores, en los términos y condiciones que se establecen en este reglamento, podrán también obtener recursos a través de créditos bancarios o de*

*terceros para financiar el proyecto en cualquier etapa de desarrollo, diseño o construcción y equipamiento; o refinanciar sus pasivos.*

*Las distintas fuentes de financiamiento que puede utilizar el proyecto, así como la posibilidad de refinanciar sus pasivos a través del mercado de valores, se deben establecer en el contrato de fideicomiso. En el prospecto se debe revelar, en términos generales, la estructura planeada de financiamiento del proyecto, las condiciones que deben reunir las operaciones de crédito, así como la posibilidad de refinanciar pasivos y de ejecutar cláusulas de redención anticipada de las emisiones.”*

En el artículo 89 se deja ver que el fideicomiso desde la solicitud inicial de oferta pública, debe tener conocimiento y previsibilidad del negocio, pues en ese momento podrá solicitar la autorización de las emisiones que considere necesarias o bien, gestionar la inscripción de sus emisiones.

*“Artículo 89. —Del financiamiento del desarrollo de obra pública mediante el mercado de valores.*

*En la solicitud inicial de autorización de oferta pública, el fideicomiso puede solicitar la autorización de las emisiones que considere necesarias o bien, gestionar la inscripción de las distintas emisiones, según sus necesidades de financiamiento durante el desarrollo y construcción del proyecto.”*

En el artículo 90, se establecen las condiciones que deben tener las emisiones de oferta pública y los flujos que las respaldan, así como las disposiciones que deben acatar.

*“Artículo 90. —Condiciones de las emisiones de oferta pública y los flujos que las respaldan. Las emisiones de oferta pública deben acatar las siguientes disposiciones:*

*a. Los valores emitidos en un proceso de desarrollo de obra pública deben clasificar como valores de contenido crediticio, de manera que incorporen el derecho a*

*percibir la cancelación del capital y de los rendimientos financieros en los términos y condiciones señalados en el valor.*

*b. Los valores son de oferta pública restringida de conformidad con el artículo 13 de este Reglamento, salvo que el 100% de la emisión cuente con un aval o garantía incondicional, otorgado por alguna de las siguientes entidades:*

*i. El Estado costarricense.*

*ii. Una Institución financiera internacional multilateral con participación del Estado Costarricense.*

*iii. El fideicomitente, cuando este posea capacidad económica demostrada y suficiente en relación con el tamaño de la emisión; así como que, al momento de la autorización, posea al menos dos años consecutivos de contar con una calificación de riesgo vigente concedida por una empresa calificadora de riesgo nacional. El fideicomitente debe mantenerse calificado durante la vigencia de la emisión.*

*c. Las emisiones deben estructurarse a partir de flujos generados por el cobro de contratos de arrendamiento con o sin opción de compra, suscritos entre la Administración Pública y el fideicomiso.*

*d. El fiduciario debe ser titular, en calidad de propietario fiduciario, de los flujos que se originen a partir de los contratos de arrendamiento. Dichos contratos deben generar flujos periódicos y predecibles a partir de una fecha preestablecida contractualmente, independientemente del estado de avance del proyecto.*

*e. Los flujos a generar por el cobro de contratos de arrendamiento del proyecto de obra pública, sin considerar otros flujos que puedan provenir de contratos de servicios complementarios, deben constituir respaldo suficiente para hacer frente a las obligaciones provenientes de las captaciones obtenidas mediante la emisión de valores y cualquier otra adquirida por el fideicomiso.*

*f. Se deben presentar los contratos de arrendamiento debidamente suscritos y con las autorizaciones correspondientes, incluyendo el refrendo de la Contraloría General de la República. Estos contratos no deben incluir cláusulas que otorguen a la Administración Pública la facultad de terminar voluntariamente y en forma unilateral el contrato antes de su fecha de vencimiento, salvo que las emisiones cuenten con avales, garantías, seguros u otros mecanismos adicionales que respalden el 100% de las emisiones. El fiduciario deberá velar por que el monto por el cual responden los avales, garantías, seguros, u otros, se mantenga actualizado según la situación del fideicomiso.*

*g. El mecanismo para la determinación del precio del arrendamiento debe contemplar la posibilidad de efectuar ajustes necesarios para solventar cambios en la estructura de costos del proyecto u otros imprevistos. Estos ajustes pueden incrementar o disminuir el precio del arrendamiento, en el tanto no vaya en detrimento de los flujos considerados para otorgar la autorización de oferta pública.*

*h. Los contratos de arrendamiento relacionados con un mismo fideicomiso deben reunir características similares, previamente definidas en el contrato, incluyendo aquellos fideicomisos que pretendan desarrollar una pluralidad de obras. Dichas similitudes se refieren a las condiciones del tipo de activo a arrendar, así como a las obligaciones de las partes.”*

En el artículo 91 se regula brevemente que se puede recurrir a mecanismos paralelos para la mejora de la calificación de los valores y hace referencia a normas del mismo cuerpo normativo.

*Artículo 91. —De los mecanismos de mejora crediticia. Pueden utilizarse mecanismos de mejora crediticia con el propósito de mejorar la calificación de los valores producto de un proceso de desarrollo de obra pública. Estos mecanismos se rigen, en lo que corresponda, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 68, 69 y 70 de este Reglamento.*

En el artículo 92 se hace un hincapié en el carácter público del contrato de fideicomiso y la importancia de revelación de información sobre los aspectos



financieros del mismo. Así mismo se plantea la posibilidad de modificar características de las emisiones, o de la estructura financiera, siempre y cuando se cuente con la aprobación de los inversionistas.

*“Artículo 92. —De las otras fuentes de financiamiento. La estructura planeada de financiamiento del proyecto y las condiciones que puedan tener las operaciones de crédito que se prevean contratar deben estar reveladas en el prospecto.*

*En el caso de que se llegara a contratar una operación crediticia que conlleve una modificación de las características de las emisiones o de las condiciones fundamentales de la estructura financiera, excediendo los términos en que estas se hubieran definido en el prospecto, se debe contar con la autorización por parte de la totalidad de los inversionistas.”*

Por último el artículo 93 ofrece la posibilidad del refinanciamiento de pasivos del fideicomiso, pero sujeta a dos requisitos: Que la Administración Pública acepte el proyecto y presentar los finiquitos con las empresas proveedoras de servicios durante la etapa constructiva. Claro está, que esta posibilidad debe estar contemplada en el contrato o se debe aplicar la norma anteriormente estudiada, artículo 92.

*“Artículo 93. —Del refinanciamiento de los pasivos del fideicomiso mediante emisiones dirigidas al público en general. Los fideicomisos de desarrollo de obra pública que, una vez concluidas las fases de construcción y equipamiento, refinancien sus pasivos por medio del mercado de valores, pueden optar por inscribir emisiones de oferta pública de valores dirigida al público en general, para lo cual se requiere:*

*a. Demostrar la aceptación del proyecto por parte de la Administración Pública que lo utilizará.*

*b. Presentar los finiquitos formales con las empresas constructoras y proveedoras de equipo, así como cualquier otra empresa que haya prestado servicios de cualquier tipo durante la etapa constructiva.*

*b. Currículo y declaración jurada de cada miembro que acredite el perfil técnico requerido y el cumplimiento de los criterios de selección pactados para los miembros que conforman el comité de vigilancia del proyecto. Asimismo, se debe aportar declaración jurada rendida por los representantes del fideicomitente y del fiduciario en la que manifiesten su conformidad con respecto a la idoneidad de cada miembro.*

*c. Como parte del prospecto se debe incluir una descripción del proyecto, que como mínimo debe contener una evaluación de su importancia para la entidad fideicomitente y la sociedad costarricense. Asimismo, se debe revelar información que permita identificar y medir el impacto del proyecto en relación con la dimensión y el presupuesto de la entidad fideicomitente, a fin de fundamentar el respaldo que brinda el fideicomitente para el pago de las obligaciones adquiridas con el fideicomiso. Debe incorporar información que permita identificar o establecer relaciones tales como: el monto de alquiler a pagar anualmente por el proyecto como porcentaje del monto disponible presupuestariamente de la partida de alquileres, o bien, cualquier otra relación que satisfaga este propósito.*

*La revelación de riesgos en el prospecto debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 de este Reglamento y en la Guía para la elaboración de prospectos de empresas emisoras. Adicionalmente, se deben revelar suficientemente los riesgos asociados al fideicomiso y al desarrollo de obra pública, así como las posibles consecuencias para el inversionista. En particular, se debe incluir literalmente que:*

*i. “La SUGEVAL advierte que las emisiones provenientes de fideicomisos de desarrollo de obra pública poseen características especiales en cuanto a los activos que las respaldan y que generan los flujos para su repago, así como sobre los riesgos asociados, por lo cual se le recomienda revisar con detalle el prospecto y asesorarse antes de tomar su decisión de inversión”.*

*ii. “El riesgo de invertir en emisiones de estos Fideicomisos, es independiente del riesgo propio del fiduciario y de las entidades públicas involucradas en el proyecto, pues se trata de patrimonios separados”.*

*d. Copia de los documentos de autorización o aprobación por parte de las instancias que correspondan del proyecto, del contrato de fideicomiso y sus contratos relacionados, según lo establecido en el artículo 78 de este Reglamento.*

*e. Declaración jurada rendida por el representante del fideicomitente en la que se acredite que se cuenta con las autorizaciones y aprobaciones que correspondan, según lo establecido en el artículo 78 de este Reglamento.*

*f. Dictamen técnico legal rendido por la asesoría jurídica del fideicomitente, sobre el cumplimiento de los trámites de autorización ante las instancias de aprobación a las que se encuentra sometida la Administración Pública, para la ejecución del proyecto planteado en el contrato de fideicomiso.*

*g. La Superintendencia puede solicitar los contratos que considere necesarios, así como cualquier información adicional según las particularidades de cada caso, cuando considere que permite revelar adecuadamente el respaldo que brinda el fideicomitente, con la intención de que el inversionista pueda ejercer sus juicios de valoración en forma razonable mediante información útil para la toma de decisiones de inversión.”*

e. Sobre el límite de endeudamiento del fideicomiso

Al crear una nueva figura, el reglamento sobre oferta pública de valores, no puede dejar sin regular el límite de endeudamiento de los fideicomisos de desarrollo de obra pública, por lo que se reforma el artículo 14 del Reglamento sobre Oferta Pública de Valores, el cual dice lo siguiente

*“Artículo 14. —Niveles de endeudamiento. De conformidad con el Artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, las empresas no sujetas a la supervisión de la SUGEF que hayan obtenido la autorización de oferta pública ante la Superintendencia General de Valores (SUGEVAL) no pueden exceder un nivel de endeudamiento total, individual o consolidado cuando corresponda, de cuatro (4) veces su capital y reservas con la colocación de los valores inscritos, según la*

*metodología que establezca el Superintendente General de Valores por vía de acuerdo de alcance general. Se exceptúan las empresas que estén sujetas a una legislación especial en esta materia. El emisor puede registrar emisiones que por su monto le hagan sobrepasar ese nivel requerido; no obstante, es requisito para su colocación, estar y mantenerse dentro del máximo permitido y hacerlo público mediante Hecho Relevante previo a la colocación de valores.*

*En el caso de los emisores de valores provenientes de procesos de titularización que emitan valores de deuda, el monto a emitir no puede superar el valor presente del flujo estimado de los activos a titularizar.*

*En los fideicomisos de desarrollo de obra pública, el flujo de caja neto, considerando las entradas y salidas de efectivo acumuladas e incluyendo el servicio de la deuda, debe ser mayor a cero para cada periodo.*

### ***Sección III: Presente y futuro del FIDOP en Costa Rica***

Con la reforma al reglamento sobre oferta pública de valores (ROPV), nace la figura del fideicomiso de desarrollo de obra pública (FIDOP), con esta figura se logra tener un ambiente de seguridad jurídica, crear un mecanismo que sea congruente con las necesidades de la administración pública, dándole una buena opción de contar con dinero para invertir en sus obras y a la vez proteger al grupo de inversionistas que participen.

Este mecanismo le da una nueva esperanza a la administración pública de iniciar con la construcción de proyectos y obras de gran tamaño, en periodos no muy largos.

Otro de los grandes aportes de la reforma, es que establece claramente cuáles son cada una de las partes y cuál es el papel que cada una debe desarrollar dentro del contrato, de esta forma se establecen claramente las responsabilidades de cada una de las partes. Por ello a continuación se hará un resumen de cómo se pone ya en práctica dicho contrato.

#### a.- Estructura actual de fideicomiso:

Después del exhaustivo análisis de la norma en la sección anterior, en esta a modo de resumen se expondrá el esqueleto de la figura del FIDOP en la actualidad y cómo se pone en práctica esa normativa.

Para ello nos basaremos en la exposición realizada por el Máster Eduardo Rojas en el “*Seminario: Los Fideicomisos para el Desarrollo de Obra Pública.*” Efectuado por el Centro de Investigación y Capacitación en Administración Pública de la Universidad de Costa Rica.

#### A.1.- Etapas:

El Máster Eduardo Rojas en su exposición divide el proceso en tres etapas, I etapa Pre-operativa, II etapa Pre-operativa y una III etapa Operativa, teniendo claro que cuando se ingrese a esta etapa ya se tienen los conocimientos y se han realizado los estudios de factibilidad de aplicación de la figura del FIDOP, por lo que se decidió agregar una etapa previa de estudio y redacción del contrato. Estas etapas consisten en lo siguiente:

- Etapa de Estudio y Redacción del contrato: Esta etapa es previa a que inicie el FIDOP y se menciona acá porque hay que aclarar para la aplicación de este contrato tanto la administración como la entidad bancaria que vaya a ser el fiduciario, debe haber realizado un estudio de la figura y con un grupo de asesores, jurídicos y económicos determinar si es la mejor opción, la utilización de un FIDOP no va ser siempre una receta que le haga bien a todo proyecto. De esto se hablará más adelante.

Una vez realizados los estudios previos y tomada la decisión de incursionar en la celebración de un contrato FIDOP, la administración fideicomitente y el banco fiduciario deben de ponerse de acuerdo en los términos y redactar cuidadosamente el contrato de fideicomiso, esto es muy importante, ya que, la misma norma indica los diferentes aspectos que deben encontrarse estipulados en este, para que todo el terreno del contrato esté claro desde un inicio.

Una vez redactado y llegado a un acuerdo de las partes con el contrato de fideicomiso, este debe ser firmado por las partes y sometido al refrendo de la Contraloría General de la República.

- I etapa pre-operativa: Con esta etapa ya iniciamos con el fideicomiso en sí, para ello se debe contar ya con el refrendo de la CGR del contrato. El primer paso es que el Fiduciario debe proceder a contratar la Unidad Administrada del Proyecto (UAP) y desde ese momento la UAP tendrá bajo su competencia, el desarrollo del diseño de las obras y la elaboración de los planos, la gestión de los diferentes permisos, así como la contratación de la construcción de los proyectos.

La idea es que en esta primera etapa se logre llevar los proyectos a una condición que les permita ser bancables o sujetos al financiamiento bancario.

También la institución podría por su propia cuenta contratar la elaboración de los planos y gestionar los permisos, mientras se formaliza el contrato de Fideicomiso.

- II etapa pre-operativa: Esta etapa inicia con la gestión de la contratación de las empresas responsables de la construcción por parte de la UAP, para pasar luego a la construcción y la supervisar el desarrollo de las obras.

Para el financiamiento de esta etapa se podrá optar por: créditos bancarios, colocaciones privadas de valores, y colocación pública restringida de valores. Esta etapa finalizar con la recepción y aceptación manifiesta de las obras.

- III etapa operativa: Esta fase iniciará una vez construidas las obras y hayan sido recibidas a satisfacción. Luego se procede con el alquiler de las obras para cancelar los compromisos financieros de corto plazo. Se podrá optar por mecanismos de financiamiento de largo plazo como pueden ser: créditos bancarios, colocaciones privadas de valores, colocación pública de valores. Los recursos obtenidos, serán utilizados para cancelar los préstamos mediante los cuales se construyeron las obras.

La conclusión de esta fase se dará cuando se hayan cancelado todas las obligaciones pendientes y el Fideicomitente pase a tener propiedad de las obras.

#### A.2.- El Fiduciario:

Se debe buscar una entidad financiera con la experiencia, capacidad patrimonial, financiera, técnica y administrativa.

Actualmente en Costa Rica, el Banco de Costa Rica y el Banco Nacional son los únicos dos bancos que han ejecutado proyectos de obra pública utilizando la figura del fideicomiso.

Las instituciones públicas, podrían optar por buscar un Fiduciario privado, sin embargo, la contratación de un banco del Estado permite realizar un contrato entre entes de derecho público amparado en la Ley de Contratación Administrativa.

El Fiduciario, debe necesariamente contar con la experiencia, control, asesoría, cobertura, recursos materiales y técnicos, que garantice el adecuado avance en el proyecto.

#### A.3- El financiamiento:

Los Fideicomisos pueden recurrir a diferentes formas de financiamiento.

No se recomienda limitar en el contrato de Fideicomiso, el financiamiento de los proyectos a un único mecanismo, así como flexibilizar temas como el plazo, la moneda, la tasa de interés, entre otros.

El financiamiento debe ajustarse a la necesidad de efectivo y a la etapa misma del proyecto, siempre buscando el menor costo financiero posible.

El contrato debe constituirse en un marco de acción en el cual se tomen decisiones a partir de las condiciones del mercado.

Se ha utilizado en general la Oferta Pública de Valores, sin embargo, este mecanismo de financiamiento por medio del mercado de valores es una posibilidad, que tiende a ser complicada y cara.

Por otra parte, algunos de los criterios o parámetros que se deben utilizar para elegir una u otra fuente de financiamiento están asociados a la etapa del Fideicomiso en la que nos encontremos, por ejemplo:

- En la etapa pre-operativa del proyecto se puede optar por fuentes de financiamiento de corto plazo y en moneda extranjera, aprovechando la relativa estabilidad del tipo de cambio y las bajas tasas de interés de los créditos formalizados en esa moneda.

- En la etapa operativa, cuando ya se han recibido las obras y se procede con el alquiler de estas, el financiamiento se podría formalizar a un mayor plazo, por lo que sería más recomendable un endeudamiento en colones.

En estos casos es donde podría resultar conveniente pensar en un vehículo para el refinanciamiento de pasivos, que podría ser el mercado de valores por medio de la colocación pública, como se mencionó anteriormente.

#### 4.- La contratación en los fideicomisos:

El Fideicomiso requerirá de la contratación de bienes y servicios para su adecuado funcionamiento. Se debe prever un marco normativo donde los procesos de contratación se sujetan a **PRINCIPIOS** y no es necesario apegarse a lo establecido en la Ley de Contratación Administrativa.

Estos principios se deberán definir en el contrato, con el objetivo de que sea posible valorar y auditar los procesos de contratación. Los procesos de contratación deberán buscar siempre la oferta más conveniente.

#### 5.- Costos no cubiertos por el fiduciario:

a.- Estos proyectos de inversión, son formalizados por las áreas de Banca de Inversión, las cuales cobran comisiones por la estructuración financiera del Proyecto. La elaboración de un Estudio o Informe de Estructuración Financiera, tiene un costo no menor a los \$50.000.00.

b.- Los honorarios del Fiduciario no cubren la totalidad de las actividades requeridas para que el Fideicomiso logre sus objetivos, ya que, hay algunas actividades que debe contratar el Fideicomiso con terceros (e.g.: contratación de: calificación de



riesgo -en caso de requerirse-, Unidad Administradora de Proyectos, empresas constructoras, dietas del Comité de Vigilancia).

c.- Por la administración, el Fiduciario puede cobrar entre un 0.25% y un 1% sobre el valor total del pasivo administrado, o un mínimo mensual que puede estar entre los US\$6.000.00. y los US\$10.000.00.

d.- Es importante determinar la razonabilidad de los honorarios pactados, ya que, la CGR lo verificará a la hora de refrendar el contrato de Fideicomiso.

e.- La comisión no debería ser fija durante toda la vida del Fideicomiso, ya que, una comisión variable asociada a cada etapa del proyecto, puede ser más alta al principio y más baja una vez que se hayan construido las obras.

f.- Si se optara por captar recursos a través de una colocación pública o privada de valores, se deberá recurrir a otras entidades tales como Puestos de Bolsa para hacer la colocación de valores, por lo que se deben firmar necesariamente contratos por esos servicios, ya que, el Fideicomiso actuaría en este supuesto como un cliente más y particularmente como emisor o deudor.

g.- En el financiamiento con Bancos, se deben pagar comisiones por estructuración de créditos, comisiones por desembolsos, comisiones por no desembolsos y otras, las cuales forman parte – tal y como se indicó - del costo total del funcionamiento y donde el Fideicomiso es el deudor.

h.- Un costo muy importante de un Fideicomiso de esta naturaleza, es el de la Unidad Administradora de Proyectos responsable de la gestión del Fideicomiso, como brazo ejecutor del Fiduciario, que debe existir durante toda la vida del Fideicomiso.

i.- Tiene un costo mensual no menor a los \$15.000,00 dependiendo del tamaño del Fideicomiso y de la etapa en la que se encuentre el proyecto.

j.- Un costo de menor relevancia, pero que debe ser considerado por el Fideicomiso, es el pago de dietas a los representantes del Comité de Vigilancia del Fideicomiso, el cual deberá estar conformado por al menos tres representantes que devengarían dietas mensuales aproximadas de \$200 cada uno, considerando que se realicen sesiones una vez cada mes como mínimo.

Es por este tema de los costos que representa a la administración la implementación de un FIDOP, que anteriormente se estableció una etapa previa de estudio con los profesionales adecuados, para analizar si es una buena opción, pues los costos son muy elevados y si hablamos de un proyecto pequeño hay otros mecanismos que pueden resultar una mejor opción.

#### 6.- Arrendamiento de la obra:

Hay que recordar que el arrendamiento puede ser operativo o financiero de acuerdo con lo que estipula la normativa, por ello se debe valorar el tipo de arrendamiento que se debe utilizar en los contratos de alquiler.

Como no se debe limitar de previo a una fuente de financiamiento, el tipo de arrendamiento deberá ser valorado en etapas posteriores, ya que, depende del tipo de garantía exigida por los acreedores, esto por cuanto un arrendamiento operativo es cancelable y un contrato de arrendamiento financiero es no cancelable.

Para la determinación del tipo de arrendamiento que se va a utilizar se deben valorar aspectos tales como: el costo, el impacto en materia de impuestos, los trámites y autorizaciones internas y externas.

#### 7.- Debilidades del FIDOP:

a.- El desconocimiento sobre el tema de fideicomisos, más aún utilizados estos para la inversión de obra pública, que existe en el país es enorme. Eso ha llevado a las administraciones públicas que estaban interesadas en aplicarlos, a recorrer un largo camino de estudio, buscar las opciones, las normas.

Se podría decir que desde el 2000 ha sido un camino de aprendizaje tanto para quienes pretendían implementar la figura, como para quienes debían supervisarla, ejemplo de las instituciones que debían refrendar los contratos como lo son la CGR y la SUGEF, quienes debieron someterse también al estudio del tema.

Recientemente con la reforma la ROPV, también inició una nueva etapa de aprendizaje, pues tantas normas y tantos requisitos, no sería algo fácil de digerir para quienes estaban interesados en ser los incursores en los FIDOP. Este proceso de aprendizaje fue muy largo para instituciones como la UCR, la CCSS, la Asamblea Legislativa, el MEP entre otras, que han sido los primeros en abundar en este

contrato. Pero se espera que el largo camino recorrido por estas instituciones sirva de precedente y se agilice el proceso para los nuevos interesados.

b.- Los altos costos como se vio anteriormente, viene a ser una debilidad, pues la utilización de un FIDOP no está abierta para las posibilidades de cualquier proyecto. Deben ser proyectos grandes donde valga la pena la inversión tan alta.

c.- Un aspecto que no es precisamente del FIDOP en sí, pero que hay que ponerle atención es que, los ojos de la opinión pública han vendido la idea de los fideicomisos como un mecanismo súper simple, que vendrá a resolver todos los problemas de infraestructura de una manera súper fácil y como ya se ha estudiado los FIDOP resultan un mecanismo muy eficiente, pero tampoco son una varita mágica que uno pueda mover y el problema se haya resuelto. Se reitera, la clave de todo está en el estudio y en el conocimiento para después incursionar en la figura.

d.- Todas las normas que regulan la materia de los FIDOP se dan por vía reglamentaria, si recordamos esta norma que se encuentra en la sección sub-legal de la “Pirámide de Kelsen”. Pero con el FIDOP el Estado estaría sometiendo sus relaciones de contratación administrativa, dominio público y servicio público, por lo tanto, se entra en el ámbito de derechos fundamentales y esta materia está sometida a un principio de reserva de ley, según nuestra Constitución Política.

Con esto se termina con el estudio de la nueva figura Fideicomisos de Desarrollo de Obra Pública (FIDOP), la cual ya han empezado a utilizar instituciones como la Asamblea Legislativa y el Ministerio de Educación Pública, quienes están encaminados con su gestión.

Sin embargo, la Universidad de Costa Rica, que es la institución que va más adelantada, pues es la única que se encuentra iniciando la etapa de “Construcción” de la obra, cuando procedimos a entrevistar a sus asesores para tener conocimiento de su experiencia con los FIDOP, nos dijeron que utilizar la figura como tal, al pie y letra de la norma, no es la única posibilidad, pues ellos han implementado lo que llaman un fideicomiso “*Sui Generis*”, el cual se estudiará en el siguiente capítulo.

### **Capítulo III: Fideicomiso *sui generis* de nuestro Ordenamiento**

#### **Jurídico**

Se examinará en este capítulo, un tipo de fideicomiso que hemos llamado, para efectos de claridad o didácticos, como fideicomiso *sui generis*. A pesar que la terminología o conceptualización no se encuentra necesariamente en la doctrina comercial de los fideicomisos, se ha considerado pertinente adoptar en esta investigación la nomenclatura que ya se ha empezado a utilizar en la práctica forense para referirse a un tipo de fideicomiso utilizado para la construcción de obra pública y que cuenta con toda una serie de presupuestos conceptuales que luego se verán con detalle. Dentro de esta categorización, se estudiará con especial énfasis y a título de un ejemplo paradigmático, el fideicomiso constituido por la Universidad de Costa Rica, pues él nos ayudará a entender cómo funciona en la realidad este tipo de fideicomisos.

#### ***Sección I: ¿Se puede hablar de fideicomisos *sui generis* en nuestro país? Una discusión.***

El Código de Comercio de Costa Rica no establece una lista taxativa (*numerus clausus*) de los fideicomisos existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Allí se regula, tal y como ya se vio en los primeros capítulos, un marco general de una clase de fideicomiso que bien podría denominarse como “típico”. En el artículo 633 de ese cuerpo normativo se define el fideicomiso de manera general, como el acto mediante el cual el “fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; (quedando) el fiduciario obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo.” Sin embargo, no existe una lista de TIPOS DE FIDEICOMISO que puedan caracterizarse por sus respectivos atributos funcionales o sistemáticos. Ello da pie a que simplemente se pueda referir a los fideicomisos como “típicos”, siempre y cuando cumplan con la estructura indicada en el Código de Comercio o en alguna otra regulación especial; y, eventualmente, pueda calificar alguno como “atípico” si se presenta algún elemento diferenciador que considere digno de resaltarse, sea por razones de su sistemática normativa o por su funcionamiento en el tráfico comercial.

Dentro del ordenamiento jurídico costarricense existen, desde hace mucho tiempo y por elaboración doctrinaria, tipos de fideicomiso típicos como son: el fideicomiso de garantía, el testamentario, el fideicomiso operativo, el de administración, entre otros. Sobre estos existe en distintos ámbitos una vasta experiencia, pues se han utilizado como figuras jurídicas normales dentro del ámbito mercantil. Así, por ejemplo, los fideicomisos testamentarios, donde se pone dentro de un patrimonio autónomo una herencia o conjunto de bienes que luego es distribuido a los herederos según lo acordado en el pacto, o los fideicomisos de administración en los cuales el fiduciario (generalmente un banco) invierte un patrimonio y lo administra para fines específicos o simplemente para aumentar un capital en inversiones, que luego se traslada a unos fideicomisarios, son frecuentes en nuestro medio jurídico. Sin embargo, no sucede lo mismo con los fideicomisos utilizados como herramienta jurídica para la construcción de obra pública. En este ámbito no hay, como ha quedado demostrado a lo largo de los capítulos anteriormente expuestos, una experiencia jurídica amplia, lo que ha dado pie a un proceso que, sin exagerar, podría llamarse de “prueba y error”. Es por ello que se considera que, a pesar de que el fideicomiso para desarrollar obra pública, es una clase de fideicomiso que podría entrar dentro de la clasificación general de los fideicomisos típicos, es más apropiado (por razones didácticas y de claridad) calificarlos como “fideicomisos atípicos” (al menos en cuanto a su utilización en el ordenamiento jurídico costarricense se refiere).

Dentro de los fideicomisos para desarrollar obra pública se pueden distinguir, por su parte, varias clases que se han venido, de manera casi experimental, desarrollando en nuestro medio; se hace referencia a:

- a. Los fideicomisos de titularización (ejemplo paradigmático: el ICE).
- b. Los fideicomisos de desarrollo de obra pública o FIDOP (ejemplo la Asamblea Legislativa).
- c. Los fideicomisos que podrían calificarse como “sui generis” por razones que luego se dirán (ejemplo, la Universidad de Costa Rica).

En cuanto a los fideicomisos de titularización ya ha quedado evidenciado en los capítulos anteriores, que nuestro medio jurídico solo vio la existencia de uno solo de estos fideicomisos en su forma más pura. Se trataba de un instrumento en el cual, se

firmaba un pacto de fideicomiso cuyo elemento esencial era la colocación posterior de títulos en el mercado de valores. Para ello, las partes simplemente firmaban un contrato de fideicomiso como acto constitutivo mismo del proceso y, posteriormente sobre esa base, se emitían unos títulos por parte del fiduciario (un banco nacional) que luego eran colocados en el mercado bursátil y vendidos a unos inversionistas que tenían como respaldo de dicha inversión únicamente el contrato de fideicomiso más la expectativa futura de un ingreso producto de la construcción y arrendamiento de una obra. El proceso en sí cumplía con las siguientes etapas:

- a. Firma de un contrato madre de fideicomiso, como fundamento jurídico de la negociación. El contrato se firmaba entre el ente público (el ICE para la construcción de Garabito y Cariblanco) y un banco estatal (Banco Nacional o de Costa Rica).
- b. Aprobación por parte de la SUGEVAL, una vez realizada la solicitud por parte del fiduciario, de una colocación de títulos en el mercado, que debían cumplir con todos los requisitos necesarios, incluida las calificaciones de riesgo respectivas.
- c. Colocación y venta de los títulos emitidos a nombre del Fideicomiso.
- d. Captación, por parte del fiduciario, de los recursos necesarios para la construcción del proyecto.
- e. Construcción, con la guía y supervisión directa del propio fideicomitente, de la obra (en el caso de Costa Rica, de represas hidroeléctricas para la generación de energía limpia).
- f. Arrendamiento al fideicomitente de las obras.
- g. Pago de unas cuotas, que inmediatamente eran destinadas a la cancelación paulatina de las inversiones realizadas por parte de los inversionistas.
- h. Cancelación paulatina de las obras que, finalmente, pasaban al patrimonio del ente público que actuaba como fideicomitente y fideicomisario a la vez.

Si se analiza con cuidado el proceso de la titularización, especialmente en su primera fase, se notará que entre la firma del contrato y la colocación de títulos existe un RIESGO que es trasladado directamente al inversionista. Ese es el riesgo **constructivo**. O sea, que el respaldo material del proceso radica esencialmente en el acto constitutivo mismo de la suscripción del contrato más en la expectativa jurídica futura de una obra y su arrendamiento, lo que generaría ingresos para cancelar la inversión inicial. La pregunta que hay que formularse acá para efectos de detectar el principal problema que se generó con este tipo de fideicomiso de titularización pura

es la siguiente: ¿qué sucede si, por diversas razones imponderables en el desarrollo de la obra, esta no llega a construirse o se construye con defectos de tal magnitud que no puede aceptarse por parte del fideicomitente? La respuesta a este interrogante nos coloca directamente en la zona de riesgo de estos fideicomisos y nos evidencia su principal “Talón de Aquiles”, valga la expresión gráfica. El problema se da porque ese riesgo en la construcción era desplazado injustificadamente hacia el inversionista. Este aspecto fue luego detectado y criticado por la propia Súper Intendencia General de Valores, la cual señaló en los considerandos a la reforma del Reglamento de Oferta Pública lo siguiente:

*“El mercado de valores ya ha sido utilizado como fuente alternativa de financiamiento para ejecutar proyectos de obra pública importantes para el país, bajo el esquema contractual de fideicomisos de titularización combinados con arrendamientos. En estos casos, únicamente se pueden fideicometer aquellos activos con capacidad de generar flujos de ingresos actuales o futuros, periódicos y predecibles. Además, para que opere la titularización se requiere que la entidad titular de dichos activos (originador) los ceda a un patrimonio separado, con el propósito de respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de los valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Sin embargo, recientemente la Superintendencia General de Valores ha recibido propuestas para el desarrollo de obra pública que no consideraban estas características.” (Sub. agregado).<sup>68</sup>*

Igualmente, en el ya muchas veces citado Dictamen A12/0 del 03 de junio del 2009, señaló de forma expresa, en el punto 3, lo siguiente:

“Los riesgos de la etapa constructiva y en general el desarrollo de la obra, son asumidos por el ICE. Los riesgos de no pago de alquiler por la no aceptación del proyecto ya sea por incumplimiento de requerimientos constructivos o atrasos en la

---

<sup>68</sup> Considerando III de la reforma al Reglamento. Es necesario aclarar acá que las propuestas a que refiere la SUGEVAL eran específicamente el Contrato de Fideicomiso entre la CCSS y el Banco Nacional, cuya principal falencia consistía en que la CCSS no contaba con los bienes (i.e., terrenos) para llevar a cabo las obras, sino que tenía que empezar, en muchos casos, por adquirirlos. De allí que no hubiera un respaldo para incorporar como patrimonio al fideicomiso. Dijo la SUGEVAL: “Para el caso particular de la propuesta de titularización de la CCSS se desvirtúa la figura, por cuanto la CCSS no puede ceder los flujos futuros provenientes de bienes inmuebles que no sean de su propiedad. Por lo tanto, no existe una conexión directa entre los activos cedidos y los flujos generados.” Informe Ref. A12/0 del 03 de junio del 2009. Pág 8.

fecha de entrega de los activos son asumidos principalmente por el ICE que es el constructor. Adicionalmente, se compromete a pagar el arrendamiento a partir de una fecha preestablecida, independientemente de los atrasos que puedan ocurrir, lo que le da estabilidad y predictibilidad a los flujos, eliminando o disminuyendo el riesgo de la etapa constructiva.”

Fue por esta, entre otras razones que el dictamen de la SUGEVAL representó, en la práctica misma, la terminación y muerte de este tipo de fideicomiso de titularización pura. A partir de allí y con la reforma que luego se realizó al Reglamento de Oferta Pública de Valores que esa forma de fideicomiso quedó como objeto de mera reflexión histórica, pues hoy una titularización se efectúa con respaldo en los ingresos de unos flujos generados por un arrendamiento y no en una mera expectativa de dichos flujos. Es decir, que el riesgo de la construcción debe asumirlo directamente el fideicomitente, o interesado en la construcción de la obra, mas no el inversionista.

En cuanto a los FIDOP ya se ha visto igualmente en los capítulos anteriores, que su regulación y requisitos se encuentran plasmados directamente en el Reglamento de Oferta Pública de Valores, siendo estos definidos como:

“El fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento, operativo o financiero, con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública. A estos efectos, la Administración transmite al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para el desarrollo del proyecto, tales como derechos de uso, de usufructo, flujos futuros de efectivo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, propiedades inmuebles entre otros, de los cuales sea titular...” (Artículo 73). Por su parte, el artículo 96 establece los requisitos que deben allí cumplirse y que ya han sido examinados en el capítulo respectivo de esta investigación.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Solo para efectos de recordar el artículo 96 indica: “**Requisitos para la inscripción de fideicomisos de desarrollo de obra pública.** En el caso de fideicomisos de desarrollo de obra pública debe presentarse, según corresponda, la información exigida a los fideicomisos en el Artículo 94 de este Reglamento, salvo la establecida en los incisos d y f. El inciso e. de ese artículo, aplica únicamente para los fideicomisos que cuentan con un patrimonio inicial previo a la captación.



---

Asimismo debe presentarse, según corresponda, la información exigida a los fideicomisos de titularización en los incisos a, d, e, f del artículo 95 de este Reglamento. Adicionalmente debe presentarse la siguiente información:

a. Currículo y declaración jurada de cada miembro que acredite el perfil técnico requerido para los miembros que conforman la unidad administradora del proyecto, que les posibilite administrar y/o ejecutar adecuadamente el proyecto. Asimismo, se debe de aportar declaración jurada rendida por los representantes del fideicomitente y del fiduciario en la que manifiesten su conformidad respecto al perfil técnico de cada miembro.

b. Currículo y declaración jurada de cada miembro que acredite el perfil técnico requerido y el cumplimiento de los criterios de selección pactados para los miembros que conforman el comité de vigilancia del proyecto. Asimismo, se debe aportar declaración jurada rendida por los representantes del fideicomitente y del fiduciario en la que manifiesten su conformidad respecto a la idoneidad de cada miembro.

c. Como parte del prospecto se debe incluir una descripción del proyecto, que como mínimo debe contener una evaluación de su importancia para la entidad fideicomitente y la sociedad costarricense. Asimismo, se debe revelar información que permita identificar y medir el impacto del proyecto en relación con la dimensión y el presupuesto de la entidad fideicomitente, a fin de fundamentar el respaldo que brinda el fideicomitente para el pago de las obligaciones adquiridas con el fideicomiso. Debe incorporar información que permita identificar o establecer relaciones tales como: el monto de alquiler a pagar anualmente por el proyecto como porcentaje del monto disponible presupuestariamente de la partida de alquileres, o bien, cualquier otra relación que satisfaga este propósito.

La revelación de riesgos en el prospecto debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 19 de este Reglamento y en la Guía para la elaboración de prospectos de empresas emisoras. Adicionalmente, se deben revelar suficientemente los riesgos asociados al fideicomiso y al desarrollo de obra pública, así como las posibles consecuencias para el inversionista. En particular, se debe incluir literalmente que:

i. *“La SUGEVAL advierte que las emisiones provenientes de fideicomisos de desarrollo de obra pública poseen características especiales en cuanto a los activos que las respaldan y que generan los flujos para su repago, así como sobre los riesgos asociados, por lo cual se le recomienda revisar con detalle el prospecto y asesorarse antes de tomar su decisión de inversión”.*

ii. *“El riesgo de invertir en emisiones de estos Fideicomisos, es independiente del riesgo propio del fiduciario y de las entidades públicas involucradas en el proyecto, pues se trata de patrimonios separados”.*

d. Copia de los documentos de autorización o aprobación por parte de las instancias que correspondan del proyecto, del contrato de fideicomiso y sus contratos relacionados, según lo establecido en el artículo 78 de este Reglamento.

e. Declaración jurada rendida por el representante del fideicomitente en la que se acredite que se cuenta con las autorizaciones y aprobaciones que correspondan, según lo establecido en el artículo 78 de este Reglamento.

f. Dictamen técnico legal rendido por la asesoría jurídica del fideicomitente, sobre el cumplimiento de los trámites de autorización ante las instancias de aprobación a las que se encuentra sometida la Administración Pública, para la ejecución del proyecto planteado en el contrato de fideicomiso.

g. La Superintendencia puede solicitar los contratos que considere necesarios, así como cualquier información adicional según las particularidades de cada caso, cuando considere que permite revelar adecuadamente el respaldo que brinda el fideicomitente, con la intención de que el

Por último y con ello caemos directamente en el tema de este capítulo, están los fideicomisos que se han denominado como *sui generis*, por la naturaleza especial que poseen y porque, además, no entran exactamente dentro de los dos fideicomisos para la ejecución de obra pública que se han examinado (el de titularización y el FIDOP).

Empecemos por señalar, que la denominación de fideicomiso *sui generis* ha sido adoptada directamente del Fideicomiso de la Universidad de Costa Rica, en especial, quien se ha referido a ese nombre específico ha sido el profesor Minor E. Salas, quien en la parte jurídica, ha sido el principal artífice del Fideicomiso de la UCR, al menos en lo que respecta a su elaboración conceptual y filosófica. La principal fuente de conocimiento e investigación que acá utilizamos al respecto es: la entrevista que personalmente le hemos realizado al profesor Salas, los documentos e informes que él ha presentado en distintos foros y que amablemente nos ha facilitado y los documentos oficiales que conforman el expediente administrativo del Fideicomiso de la UCR y que se encuentran en la Contraloría General de la República, entre otros.

Decíamos que el nombre de *Fideicomiso Sui Generis* se adoptó para referirse a un tipo de fideicomiso que, al menos funcionalmente, no calza con los tipos que hasta el momento se han estudiado. Al respecto, en la entrevista realizada al Dr. Salas en el mes de febrero del 2013, indicó lo siguiente:

“Puede parecer una cuestión puramente semántica, de concepto o sin importancia. Sin embargo, yo opino que el Fideicomiso de la UCR debe diferenciarse, desde el nombre mismo, de los fideicomisos de titularización y de los fideicomisos de obra pública regulados en el Reglamento de Oferta Pública. Es por ello, que en distintos lugares, incluso en la documentación oficial del fideicomiso de la UCR, siempre se habla de un fideicomiso *sui generis*. Esto radica en que dicho instrumento jurídico cuenta con toda una serie de características especiales que lo convierten en algo distinto a lo que existe actualmente en el tráfico mercantil. Estoy consciente de que doctrinariamente el nombre no se encuentra aún establecido o arraigado; sin embargo, ello no es impedimento para que uno pueda valerse de él por razones de

---

inversionista pueda ejercer sus juicios de valoración en forma razonable mediante información útil para la toma de decisiones de inversión.”

claridad o pertinencia jurídica. De allí que, al menos para mí, se pueda hablar en nuestro ordenamiento jurídico del nacimiento de una figura, aún incipiente, de fideicomiso ‘atípico’ que se ha de llamarse *Fideicomiso Sui Generis*’.<sup>70</sup>

A título puramente programático y después de revisar exhaustivamente mucha de la documentación que existe sobre la materia en nuestro país, se puede concluir que algunas de los atributos y etapas de los fideicomisos denominados *sui generis*, en especial teniendo como modelo paradigmático el de la UCR, son los siguientes:

- a. La definición de un conjunto de necesidades por parte de un ente público en materia de infraestructura (edificios, escuelas, clínicas, aulas, etc.).
- b. La determinación de una contraparte contractual que coadyuve en el proceso de construcción de las obras requeridas. En este caso se trata de la definición de un fiduciario que ha de ser un banco estatal.
- c. La suscripción de un contrato de fideicomiso como acto negocial constitutivo. En este contrato, muchas veces denominado “contrato madre”, se establece toda la estructura administrativa, jurídica y financiera del fideicomiso. Allí igualmente se crean los distintos órganos que han de ejecutar el fideicomiso (comité de vigilancia, unidad administradora del proyecto, unidades técnicas, etc).
- d. La definición en el contrato de una serie de aspectos que hacen que este no sea exactamente un fideicomiso de titularización ni uno de desarrollo de obra pública. En especial, esas diferencias radican en la amplitud del ámbito negocial del contrato que actúa, según luego se verá, como una “sombriilla” (valga la imagen gráfica), en la cual se amparan aspectos como: posibilidad de titularizar flujos futuros de ingresos (en esto actúa como un fideicomiso de titularización), posibilidad de captar diferentes fuentes de ingresos (préstamos bancarios, donaciones, colocaciones públicas o privadas de bienes, etc.), posibilidad de hospedar eventualmente un fideicomiso de desarrollo de obra pública, entre otras.
- e. La aprobación y refrendo por parte de la Contraloría General de la República del contrato en cuestión.

---

<sup>70</sup> Entrevista realizada al profesor Dr. Minor E. Salas el día viernes 22 de febrero del 2013, 10:00 a.m. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y grabada con permiso del entrevistado.

f. Elaboración de toda la estructura jurídica (reglamentos del fideicomiso) y administrativa y financiera (unidad administradora del proyecto, comité de vigilancia) para empezar con los procesos de construcción.

g. Arrendamiento de las obras, una vez construidas, al fideicomitente para que, con los dineros que el fideicomiso capte por ese concepto, se puedan pagar las fuentes de ingresos que se hayan obtenido en el proceso constructivo.

En el apartado siguiente de este capítulo se ilustrará, mediante el ejemplo del fideicomiso de la Universidad de Costa Rica, algunas de estos aspectos propios del fideicomiso *sui generis*.

## ***Sección II: El Fideicomiso de la Universidad de Costa Rica.***

Uno de los primeros fideicomisos que se utilizaron exitosamente para el desarrollo de obra pública fue creado por la Universidad de Costa Rica.<sup>71</sup> Dicho fideicomiso se encuentra actualmente en ejecución y para el momento en que esta tesis se finaliza (agosto del 2013) ya se empezó con la construcción del edificio de la Facultad de Ciencias Sociales, un edificio de parqueos y están prontas a iniciar otras obras de gran envergadura. En este capítulo se va a exponer detalladamente los aspectos principales del fideicomiso de la UCR, pues nos parece ser un excelente ejemplo del funcionamiento, dinámica y desarrollo de la figura jurídica bajo examen. Es importante aclarar que el orden lógico que acá se sigue se adoptó esencialmente de los documentos oficiales que ha presentado el ente académico ante la Contraloría General de la República, donde se obtuvo una copia del expediente administrativo. Igualmente, los documentos que acá se citan, a pesar de ser utilizados en un proceso actualmente en desarrollo, son documentos públicos, por lo que nos tomamos la

---

<sup>71</sup> Es ESENCIAL que se tenga presente que en realidad la Universidad de Costa Rica ha tenido DOS FIDEICOMISOS. Uno de ellos, refrendado por la Contraloría General de la República el 30 de enero del 2008, constituido con el Banco Nacional de Costa Rica (BNCR). Este contrato fue rescindido sin consecuencias para las partes y por mutuo acuerdo, pues surgieron diferencias entre la UCR y el BNCR. El otro contrato, refrendado el 15 de julio del 2011, se formalizó con el Banco de Costa Rica (BCR) y es el que actualmente se encuentra en ejecución. En el caso de la presente exposición, trataremos, en la medida que lo permita la documentación, presentar los datos del fideicomiso vigente, o sea, el suscrito con el BCR. Cuando ello no sea posible, ilustraremos las ideas expuestas con los datos relativos al BNCR.

libertad de invocarlos libremente, indicando únicamente la referencia bibliográfica de rigor.

*1. Objeto del fideicomiso.* Toda la historia del fideicomiso de la UCR (al igual que cualquiera otro que se emplee en un ente público) obedece a la definición de unas necesidades en *infraestructura*. De hecho, la justificación pragmática del fideicomiso como instrumento del derecho privado, se justifica en el ámbito público única y exclusivamente si hay una necesidad que requiere ser resuelta y para la cual los instrumentos del derecho público son insuficientes o en su defecto demasiado lentos. En el caso específico se indicó en el contrato de fideicomiso lo siguiente:

“En el presente caso, esa necesidad proviene de la urgencia que tiene la Universidad de Costa Rica de invertir en Infraestructura. A través de las últimas décadas, esta Institución ha crecido a un ritmo acelerado, tanto cuantitativa como cualitativamente. El número de estudiantes, pero también el número de programas de investigación, de carreras, de centros e institutos, de escuelas, de posgrados, han aumentado de una manera vertiginosa. Con todo esto, ha crecido –como es lógico– el número de necesidades y de requerimientos materiales e infraestructurales para cumplir las tareas encomendadas por disposición constitucional y garantizar, así, el derecho a una educación superior de calidad.”

En su momento, la oficina técnica encargada de la inversión en infraestructura de la Universidad de Costa Rica determinó que se requería urgentemente la construcción de varios edificios (aproximadamente ocho obras), indicándose en el Contrato que: “...algunos estudios técnicos de la Oficina de Planificación de la Universidad de Costa Rica...revelan que muchas de las tareas educativas, de investigación y de acción social que se deben cumplir en la Institución son viables únicamente si se realiza una fuerte inversión en la construcción de obras de gran envergadura. La construcción de estas obras no es un simple ‘lujo’ que se quiera dar la Universidad, sino una necesidad pública basada en un doble criterio técnico, (a) por un lado, en tratar de solucionar problemas de los edificios actualmente en uso en esas áreas, pues se han detectado situaciones irregulares tales como: carencia de espacio para oficinas administrativas, estructuras deficientes que originan filtraciones de lluvia e inundaciones, imposibilidad de alojar a un mayor número de estudiantes, ausencia de

espacios para poner a disposición pública los materiales bibliográficos, edificios inseguros en caso de una situación de emergencia, entre otras cosas; (b) por todo esto y de manera puntual, se ha establecido que, en estos momentos, es un asunto de interés general que la Universidad de Costa Rica ejecute Proyectos como los siguientes: (i) Construcción del Edificio de la Facultad de Ciencias Sociales. – (ii) Construcción del Edificio de la Facultad de Ingeniería. – (iii) Construcción del Edificio del Sistema de Estudios de Posgrado y la Vicerrectoría de Investigación. – (iv) Construcción de la Biblioteca para la Facultad de Ciencias Agroalimentarias. – (v) Construcción de un edificio para Residencias de Estudiantes en la Sede Central. – (vi) Construcción de las Clínicas Odontológicas de la Facultad de Odontología. – (vii) Construcción del Edificio Multicultural. – (viii) Construcción del Edificio para la Facultad de Derecho.”

2. *Capacidad jurídica de la UCR.* En el caso de la Universidad, a diferencia de lo que sucede con otros entes públicos, por ejemplo, con el Gobierno Central, cuenta con una autonomía amplia que le permite constituir este tipo de fideicomisos sin ningún obstáculo, pues en el caso de otras entidades se requiere incluso la aprobación de una ley especial que así lo autorice, tal y como indica el artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos.<sup>72</sup> Así lo ha reconocido también la propia Sala Constitucional, al indicar en uno de sus fallos: El Voto 1313-93 manifestó que: “Las Universidades del Estado están dotadas de independencia para el desempeño de sus funciones y plena capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, así como para darse su organización y gobierno propios. Esta autonomía, que ha sido clasificada como especial, es completa y por esto, distinta de la del resto de los entes descentralizados de nuestro ordenamiento jurídico (regulados principalmente en otras normas de la Carta Política: artículo 188-190) y significa, para empezar con una parte de sus aspectos

---

<sup>72</sup> El artículo 1 de la Ley 8131 de la “Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos” define el ámbito de aplicación de esa normativa, y literalmente indica que: “La presente Ley regula el régimen económico-financiero de los órganos y entes administradores o custodios de los fondos públicos. Será aplicable a: (...)Las Universidades Estatales, las municipalidades y la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente en cuanto al cumplimiento de los principios establecidos en el título II de esta Ley, en materia de responsabilidades y a proporcionar la información requerida por el Ministerio de Hacienda para sus estudios. En todo lo demás, se le exceptúa de los alcances y la aplicación de esta Ley (...)”

más importantes, que aquellas están fuera de la dirección del Poder Ejecutivo y de su jerarquía, que cuentan con todas las facultades y poderes administrativos necesarios para llevar adelante el fin especial que legítimamente les fue encomendado: que pueden auto determinarse, en el sentido de que están posibilitadas para establecer sus planes, programas, presupuestos, organización interna y estructurar su propio gobierno. Tienen poder reglamentario (autónomo y de ejecución); pueden auto estructurarse, repartir sus competencias en el ámbito interno del ente, desconcentrarse en lo jurídicamente posible y lícito, regular el servicio que prestan y decidir libremente sobre su personal (...) Son estas las modalidades administrativa, política, organizativa y financiera de la autonomía que corresponde a las universidades públicas.”

Con respecto a la posibilidad de los entes públicos de suscribir contratos de Fideicomiso, la Contraloría General de la República, quien autoriza finalmente dicho contrato, ha expresado lo siguiente: “... De esta manera, resulta factible concluir que bien podría una institución pública, en forma absolutamente excepcional, llevar a cabo un contrato de fideicomiso, como una contratación lícita permitida por el ordenamiento jurídico –en este caso, el Código de Comercio- siempre y cuando esa contratación resulte estrictamente compatible con su campo de acción y se presente como necesaria o idónea para satisfacer un determinado fin público”<sup>73</sup> Igualmente, la Contraloría ha establecido una serie de circunstancias o requisitos que deben cumplirse por parte del ente público para que se dé el refrendo: “... se ha indicado en primer término que la constitución de fideicomisos requiere autorización expresa de ley, aunque excepcionalmente para un caso particular, la normativa no tiene que autorizar en forma expresa la posibilidad de suscribir fideicomisos, sin que ello pueda interpretarse como una autorización genérica de utilizar figuras contractuales no reguladas por el ordenamiento jurídico administrativo y en general siempre deben atenderse que estén presentes las siguientes circunstancias:

- a) Que la interpretación de las normas, ajustándose a las reglas de la hermenéutica jurídica, pueda derivarse esa facultad.
- b) Siempre que sea estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines asignados a la entidad.

---

<sup>73</sup> Oficio de la Contraloría General de la República, DAJ-970 de 29 de mayo de 1997.

- c) Se presente el contrato como herramienta necesaria o idónea para satisfacer un fin público.
- d) No se utilice para delegar competencias propias de la entidad.
- e) Deben respetarse los principios, los requisitos y los procedimientos ordinarios establecidos en la legislación sobre contratación administrativa”<sup>74</sup>

3. *Las etapas del fideicomiso de la UCR.* En el caso del fideicomiso de la Universidad de Costa Rica, se definieron contractualmente varias etapas que marcan el desarrollo del proceso de construcción de la obra pública. Esas etapas son, en esencia, tres:

a. Definición y elaboración de los proyectos. Esta fase empieza una vez que el contrato sea firmado por la Universidad y el Fiduciario y, además, sea refrendado por la Contraloría General de la República. El Banco Nacional se comprometía a contratar una Unidad Gerencial, quien se encargaría de toda la administración y operación de los proyectos del Fideicomiso. Esta unidad tendrá como funciones, según lo acordado por las partes, el desarrollo del diseño de las obras y la elaboración de los planos, la gestión de los permisos que permitan promover la contratación de la construcción de los proyectos.

b. Construcción de las obras: esta fase inicia con la contratación de las empresas responsables de la construcción. Para financiar esta etapa se pueden utilizar por: créditos bancarios, colocaciones privadas de valores, colocaciones públicas de valores. Esta fase termina con la recepción y aceptación manifiesta de las obras.

c. Recibo y alquiler de las obras: Esta fase inicial, según el contrato, una vez construidas las obras, en ese momento se procederá con el alquiler de estas y a cancelar, mediante las cuotas de arrendamiento, los compromisos financieros que hasta ese momento haya necesitado el Fideicomiso. La conclusión de esta fase se dará cuando se hayan cancelado todas las obligaciones pendientes y el Fideicomitente haya recibido, a título de propiedad, las obras en cuestión.

---

<sup>74</sup> Contraloría General de la República: DI-AC-089 del 14 de febrero, 2000.



A continuación se presenta un cuadro, elaborado por quien fuera el Director del Fideicomiso de la UCR-BNCR y luego del Fideicomiso UCR-BCR (M.Sc. Eduardo Rojas), donde se muestran las principales etapas y estructuras del fideicomiso de la Universidad:



**FUENTE:** Rojas, Eduardo. (2013). Análisis comparado de las principales figuras jurídicas: Condiciones para su implementación y los costos relacionados. *Seminario: Los Fideicomisos para el Desarrollo de Obra Pública*. Centro de Investigación y Capacitación en Administración Pública de la Universidad de Costa Rica.

4. *La estructura administrativa y jurídica del fideicomiso de la UCR.* En el Fideicomiso de la Universidad de Costa Rica participan distintas instancias, que es bueno tomar acá en cuenta, pues esos mismos órganos son los que igualmente se requieren en cualquier otros fideicomiso que se vaya a utilizar para el desarrollo de obra pública. La organización es la siguiente:

- a. Un fideicomitente (la Universidad de Costa Rica)
- b. Un fiduciario (el Banco de Costa Rica).
- c. Un fideicomisario (que en este caso coincide con el fideicomitente).
- d. Una Unidad Administradora del Proyecto (que es el “brazo operativo” del BCR).
- e. Un Comité Técnico Asesor (que es el “brazo operativo” de la UCR).
- f. Un Comité de Vigilancia (un órgano independiente de ambas partes).
- g. Una serie de instancias técnicas que asesoran a las partes (abogados, ingenieros, arquitectos, etc.).

El fideicomitente es, en el presente caso, la Universidad de Costa Rica, la que, una vez construidas y alquiladas las obras por un periodo específico, o una vez canceladas totalmente, también se convierte en fideicomisario, o sea, en beneficiario directo de las acciones y proyectos ejecutados por el fideicomiso.

El fiduciario es, en el caso que estamos discutiendo, el Banco de Costa Rica. La constitución del fideicomiso con el BCR se realizó una vez que fue rescindido el contrato con el BNCR. Entrevistado sobre los motivos por el cual se rescindió dicho contrato, el profesor Minor E. Salas, Asesor Legal de Fideicomiso de la Universidad de Costa Rica, contestó lo siguiente:

“Recordemos que el Fideicomiso con el Banco Nacional, era un fideicomiso de titularización puro. Eso significa, en esencia, que los recursos para construir las obras se captaban en la bolsa de valores, mediante la emisión de títulos. Por ello era necesario que el fiduciario fuera ante la SUGEVAL y solicitara la autorización de la emisión pública para captar los recursos. El Banco Nacional presentó a la SUGEVAL los contratos suscritos con la CCSS, los cuales no contaban con los requisitos mínimos, como por ejemplo, la CCSS no tenía unos lotes en los cuales construir y por lo tanto, no existía un respaldo a los inversionistas. La Universidad le solicitó reiteradamente al BNCR que presentará el contrato suscrito con la institución académica que sí cumplía con todos los requerimientos; sin embargo, el Banco no lo hizo y presentó el contrato de la Caja. Eso dio lugar a un conflicto interno, máxime cuando la SUGEVAL rechazó el contrato de la Caja y paralizó así totalmente la

aprobación de los fideicomisos de titularización. Esto tuvo consecuencias gravísimas, no solo para la Universidad, sino también para el país en general (es decir, para las instituciones que tenían contratos de este tipo ya suscritos). Aparte de esta situación, se dieron otras diferencias importantes, dentro de las cuales cabe destacar: falta de experiencia por parte del BNCR en el tema específico, discrepancias que no se ventilaban con la UCR, sino en otros foros (por ejemplo, en una ocasión incluso se dio un pleito en la Contraloría). Yo en su momento, incluso recomendé que el BNCR debía indemnizar a la Universidad, pues este había prometido entregar las obras “llave en mano” y al final, por sus propias falencias y omisiones, así como por circunstancias coyunturales ajenas a las partes, se tuvo que rescindir el contrato y la administración superior de la Universidad decidió no seguir mi criterio y dar por terminado mutuamente el contrato. A partir de ese momento, se procedió a negociar con el Banco de Costa Rica, quien está actualmente a la cabeza del fideicomiso vigente.”<sup>75</sup>

Dentro de las funciones típicas de un fiduciario, se pueden enumerar, según lo establecido en el propio contrato de la UCR, las siguientes, las cuales son de las principales:

“1. Realizar, con cargo a los recursos del fideicomiso, las contrataciones necesarias para la adquisición de bienes y servicios que tengan que ver con las necesidades del fideicomiso, tales como, pero no restringido a servicios contables, auditoría, notariado, legales, financieros, correduría bursátil y otros servicios profesionales técnicos, siempre que estas se relacionen estrictamente con la buena marcha del mismo, pero respetando el presupuesto aprobado anualmente entre el fideicomitente y el fiduciario.

2. Ejecutar el desarrollo del proyecto, sus mejoras, remodelaciones y obras complementarias, dentro de un plazo previamente acordado y siguiendo un cronograma que definan las partes, siguiendo las especificaciones generales, técnicas, estructurales, ambientales y de calidad; y los términos de referencia que elabore la UCR. Durante el desarrollo del proyecto, el fideicomitente podrá solicitar

---

<sup>75</sup> Entrevista realizada al profesor Dr. Minor E. Salas el día viernes 22 de febrero del 2013, 10:00 a.m. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y grabada con permiso del entrevistado.

los cambios o mejoras que sean necesarios y viables, siempre y cuando formen parte de la concepción inicial del proyecto y que no modifique sustancialmente las obras originalmente proyectadas.

3. Constituir la Unidad Administradora del Proyecto en la forma indicada en el presente Contrato.”

Uno de los órganos más importantes del fideicomiso de la UCR, así como de cualquier otro fideicomiso que se estatuya para la ejecución de obra pública, es la Unidad Administradora del Proyecto (UAP). Esta Unidad es el brazo operativo, por así decirlo, del fiduciario, pues recordemos que los bancos no tienen experiencia en el desarrollo de proyectos de obras de infraestructura; entonces debe contratar una instancia que sea experta en esa materia y para ello designa una Unidad Administradora. En el caso del fideicomiso de la UCR, se indica que dicha instancia tiene como funciones:

“El fiduciario contratará, con cargo a los recursos del fideicomiso, una Unidad administradora del proyecto para la administración y ejecución del proyecto, firmará con esta el contrato de servicios profesionales y le otorgará los poderes necesarios para el cumplimiento de los fines del presente fideicomiso, de conformidad con lo indicado en el artículo 643 del Código de Comercio. Esta unidad deberá estar constituida en un plazo no mayor a cuatro semanas, contados a partir del momento en que este contrato cobre eficacia...”

Las funciones básicas de las Unidad(es) administradora(s) del proyecto serán:

- 3.1 Brindar apoyo al fiduciario en la ejecución de sus labores.
- 3.2 Ejercer la función de enlace entre el fiduciario y el fideicomitente e informarles sobre el avance físico y financiero del proyecto en cada una de sus etapas.
- 3.3 Verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de Supervisión.
- 3.4 Verificar el cumplimiento de las obligaciones de la UCR derivadas del Contrato de Arrendamiento e interactuar con dicha entidad durante la vigencia del mismo.

3.5 Velar porque, en las contrataciones que se realicen, se escoja a aquellas personas físicas o jurídicas que mejor cumplan con los criterios de selección indicados en los términos de referencia.

3.6 Coordinar con la UCR, cuando corresponda, cualquier modificación de las especificaciones o alcance del proyecto.

3.7 Velar que se incorporen en las contrataciones que se realicen las garantías de participación y de cumplimiento y cuando corresponda las cláusulas penales, de seguros y multas; así como otras garantías que se estimen necesarias.

3.8 Rendir al comité de vigilancia, al fideicomitente, al fiduciario y a los inversionistas según corresponda, los informes de avance del proyecto referentes al desarrollo, construcción, equipamiento, aspectos presupuestarios, técnicos, financieros y otros que considere pertinentes de forma mensual, o inmediatamente, tan pronto tenga conocimiento de situaciones o eventos trascendentales que incidan sobre la operativa del fideicomiso.

3.9 Cualquier otra derivada de la naturaleza de su función o indicada en este contrato.”

En la Universidad de Costa Rica, como parte del fideicomiso, existe un Comité Técnico Asesor. Este Comité está integrado por un director, un asesor legal y un asesor financiero. Representa la contraparte de lo que para el fiduciario es la Unidad Administradora de Proyectos. Él es el enlace que hay entre la administración superior de la Universidad con el Banco de Costa Rica.

Uno de los órganos de los fideicomisos más importantes, no importa de la naturaleza que sean, son los comités de vigilancia. Estos comités suelen estar integrados por tres miembros: un representante del fideicomiso, uno del fiduciario y un tercer miembro independiente. Las funciones principales, que se establecen en el fideicomiso de la UCR, para el comité de vigilancia son las siguientes:

- a) Velar por el fiel cumplimiento de lo establecido en este contrato y los contratos derivados de este.
- b) Velar porque la ejecución del proyecto se realice dentro del plazo programado y costo presupuestado.

- c) Velar por la adecuada administración de los flujos provenientes del (os) contrato (s) de arrendamiento.
- d) Fiscalizar por la transparencia de las actuaciones del fideicomiso.
- e) Conocer y aprobar con respecto de los financiamientos requeridos bancarios y el monto total del fondo de capitalización.
- f) Velar porque la Empresa Supervisora cumpla debidamente sus funciones.
- g) Cumplir con las buenas prácticas de Gobierno Corporativo.
- h) Resolver los recursos de revisión presentados por oferentes en las contrataciones de bienes y servicios del fideicomiso.
- i) Otras funciones derivadas de las regulaciones normativas.

5. *El derecho de uso de los terrenos. Un tema polémico.* Uno de los aspectos jurídicamente más discutidos en materia de fideicomisos para el desarrollo de obra pública es el de los terrenos que ha de aportar la institución pública para la construcción de las obras. Como se sabe los bienes de los entes públicos son, valga la redundancia, de naturaleza pública. Eso significa que no pueden transferirse ni enajenarse, por estar sujetos a un régimen especial. Para su venta deben utilizarse unos procedimientos especiales (remate, licitación) y no es posible disponer libremente de ellos.

Sin embargo, como sabemos, el fideicomiso es un patrimonio autónomo. Ello implica que los bienes con que cuenta son utilizados directamente para el cumplimiento de sus cometidos, por lo que pasan a ser de su propiedad. En el caso de los bienes de los entes públicos no puede transferirse la propiedad al fideicomiso, pues se violarían los trámites especiales de contratación que para ello exige la ley. Por eso, ha tenido que pensarse en una manera de que el fideicomiso pueda utilizar los bienes del fideicomitente, en este caso, los terrenos donde se construirán las obras, pero que continúen bajo la propiedad del ente público.

El mecanismo jurídico que se ideó para estos efectos fue el contrato de cesión de derecho de uso. Mediante ese contrato el ente público mantiene la titularidad absoluta de los terrenos, pero otorga o cede un derecho temporal al fideicomiso para que este pueda construir allí las obras que luego arrendará al fideicomitente (a la UCR).

En este capítulo se incluye el contrato de cesión que utilizó el fideicomiso de la UCR-BCR para los efectos explicados. (Ver Anexo 1). Allí se podrá apreciar de una manera

mucho más clara lo que se pretende con la cesión del uso de los terrenos y cómo es que opera jurídicamente dicha cesión.

*6. Financiamiento del proyecto.* Para la construcción de las obras, el fideicomiso de la UCR-BCR utilizará varios tipos de fuentes de financiamiento, dentro de los cuales cabe mencionar los siguientes:

- Créditos bancarios que realizará el Fiduciario. La utilización de este financiamiento se hace exclusivamente para construir las obras en el tiempo que se necesite. En todo caso, se trata, como dice el contrato, de créditos contra el Fideicomiso y en ningún caso contra la Universidad de Costa Rica, en su carácter de Institución Pública.

- De aquellos dineros generados directamente por un esquema financiero de emisión de títulos emitidos por el Fideicomiso, cuando esta sea una de las opciones de captación de recursos expresamente adoptada por las partes; las cuales podrán ser: la colocación privada, para lo cual las partes suscribirán el contrato que se requiera, donde se especificarán todas las condiciones de la colocación. La colocación pública restringida según los términos de la Ley Reguladora de Mercado de Valores y el Reglamento de Oferta Pública de Valores. La colocación pública, la cual se ejecutará en los términos que también regulan la Ley y el Reglamento de Oferta Pública de Valores.

## **ANEXO I: Un modelo de contrato de cesión de derecho de uso.**

Nos ha parecido ilustrativo, no solo por la cuestión puramente jurídica que tiene que ver con la “cesión de un derecho” y por la elaboración doctrinal que implica dicha cesión en materia del denominado “derecho de superficie”, sino también por un interés práctico, el anexar a este capítulo un documento de esencial importancia para los fideicomisos utilizados para generar obra pública, a saber; el llamado “Contrato de Cesión de Derecho de Uso”. En este caso, se ha tomado ese documento del expediente oficial (de carácter público) presentado por la Universidad de Costa Rica ante la Contraloría General de la República, quedando establecido que los derechos de autor de ese contrato pertenecen a la Universidad y a los funcionarios que lo elaboraron para ella.

### **“CONTRATO DE CESIÓN**

#### **UCR-BNCR**

#### **(LAS CALIDADES DE LAS PARTES)**

#### **Primera Parte**

#### **De los considerandos y antecedentes**

**Primer Considerando:** Que la Universidad de Costa Rica y el Banco Nacional de Costa Rica constituyeron un “Fideicomiso de Titularización” que le permitirá a la Universidad, mejorar y ampliar la infraestructura con que cuenta para el cumplimiento de sus fines, mediante la construcción de una serie de obras, las cuales requieren que la Universidad como Fideicomitente, autorice al Fiduciario la ejecución y para poder ejecutar Las obras debe contar con un derecho de uso sobre los terrenos.

**Segundo Considerando:** Que el contrato original fue sujeto a una modificación mediante la cual se incorporó el edificio del Instituto de Investigaciones en Educación, considerando la importancia y urgencia para la Universidad de contar con dicho inmueble.

**Tercer Considerando:** Que de acuerdo con lo establecido en el contrato de fideicomiso, la Universidad de Costa Rica en su condición de Fideicomitente, debe



otorgar ese derecho de uso. Ahora bien, producto de esta cesión y de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera, el Fiduciario acepta la cesión de derechos y adquiere expresamente el compromiso de utilizar los bienes y derechos indicados únicamente para cumplir con el objeto del Fideicomiso.

**Cuarto Considerando:** Que las condiciones generales del derecho de uso establecidas en la cláusula tercera inciso II, se indica:

“El derecho de uso, mencionado en el apartado I de esta cláusula y que se otorga en este contrato a favor del Fiduciario tendrá los siguientes atributos y limitaciones:

a) Es de carácter instrumental. Con ello se quiere decir, exactamente, que el derecho de uso tiene como objetivo permitir la realización de las obras en los inmuebles propiedad del Fideicomitente sin que se incurra en una conducta potencialmente configuradora de un injusto penal. La constitución del derecho de uso a favor del Fiduciario representa una forma de consentimiento contractual que excluye anticipadamente la posible comisión de un delito o acto ilegal, salvaguardando de esa forma las acciones del Fiduciario y del Fideicomitente. Al acordar y consignar por escrito la posibilidad de que el Fiduciario utilice los terrenos específicos propiedad del Fideicomitente se inhibe una eventual imputación por el delito de usurpación u otro tipo penal que salvede y cubija el derecho de propiedad o el carácter especial de los bienes demaniales.

b) Se circunscribe a dos fines específicos: a) Tanto el Fiduciario como el Fideicomitente están plenamente conscientes que el derecho de uso se otorga para la construcción de las obras que el Fideicomitente designe en su momento en cada uno de los contratos de construcción que serán suscritos posteriormente. En ningún caso podrá el Fiduciario trasladar la titularidad de dicho derecho ni tampoco ejercerla para fines distintos a los aquí consignados, tal y como indica el artículo 368 del Código Civil, b) Una vez construidas las obras requeridas, el derecho de uso, correspondiente a la obra específica, se prorrogará a efectos de que el Fiduciario proceda a arrendársela a la Universidad de Costa Rica o a un tercero (dentro de las limitaciones espaciales y temporales mencionadas). Este último supuesto (arrendamiento a un tercero) se dará únicamente en el caso de que la UCR se niegue a tomar y mantener en arrendamiento o bien a ejercer la opción de compra de la obra debidamente

terminada, poniendo así en peligro el repago de los valores emitidos por el fideicomiso.

c) Es de carácter temporal: El derecho de uso que nace en este acto se otorga únicamente por el periodo de vigencia del contrato de Fideicomiso y sus posibles prórrogas.

d) Es de naturaleza revocable: En cualquier momento en que el Fideicomitente lo decida puede, en forma razonada y por motivos de interés público, revocar el derecho de uso que aquí se establece, asumiendo las indemnizaciones a terceros que esa acción genere. La única limitación a este acuerdo radica en el tiempo de vigencia del Fideicomiso, tal y como se indicó en el punto anterior.

Cumplido el propósito por el cual se constituyó el Fideicomiso o disuelto este, se dará también por terminado el derecho de uso instituido. Lo anterior implica que existe una dependencia funcional entre el contrato de Fideicomiso y el derecho de uso, que abarca tanto el factor temporal como el espacial. Lo anterior de conformidad y en respeto a lo establecido en la cláusula vigésima sexta del presente contrato.

f) Se limita a los siguientes inmuebles: El derecho de uso sobre el cual recaen todas y cada una de las condiciones y limitaciones arriba indicadas son concretamente, las que se mencionan en el anexo titulado: Ubicación Topográfica Exacta de las Obras a Construir (área sobre la que se otorga el derecho de uso), excluyendo las áreas o bienes no destinados a los propósitos de este Fideicomiso.

#### **POR LO TANTO:**

Las partes acordamos suscribir este Contrato de Cesión de Derechos de Uso (según los términos pactados en el Contrato de Fideicomiso entre la Universidad de Costa Rica y el Banco Nacional de Costa Rica), el cual se registrará por las leyes, reglamentos y decretos nacionales que regulen la materia específica y por las siguientes cláusulas:

#### **CLÁUSULA PRIMERA: DEL OBJETO DEL CONTRATO**

La Universidad de Costa Rica en su condición de Fideicomitente traspa en fideicomiso al Banco Nacional de Costa Rica en calidad de Fiduciario del FIDEICOMISO DE TITULARIZACIÓN UCR-BNCR, quien acepta, libre de

gravámenes y al día con los impuestos municipales y territoriales, el derecho de uso sobre el Inmueble, que seguidamente se describirá.

Finca del partido de San José Folio Real 1-193344-001,-002-003, colindando al Norte con la Universidad de Costa Rica, al Sur con la Universidad de Costa Rica; al este con la Universidad de Costa Rica y al Oeste con la Universidad de Costa Rica, registrada en el plano catastrado S)-79945-88.

Es claro y así lo aceptan las partes que el derecho de uso sobre el bien descrito se otorga tomando en cuenta las consideraciones planteadas en el tercer considerando y que en ningún caso podrá el Fiduciario trasladar la titularidad de dicho derecho ni tampoco ejercerla para fines distintos a los aquí consignados, tal y como indica el artículo 368 del Código Civil.

#### **CLÁUSULA SEGUNDA: DEL PLAZO DE LA CESIÓN DE DERECHO DE USO.**

El plazo de este contrato de rige a partir de la firma del presente contrato por las partes, siempre y cuando no se sobrepase, en ningún momento, el periodo de vigencia del Contrato de Arrendamiento del Edificio del Instituto de Investigaciones en Educación y el contrato de Fideicomiso entre la UCR- BNCR.

#### **CLÁUSULA TERCERA: DE LOS GASTOS DEL CONTRATO**

Todos los gastos e impuestos que en derecho correspondan y que se deriven de la formalización, cumplimiento o extinción de este contrato correrán a cargo del Fideicomiso de Titularización UCR-BNCR.

#### **CLÁUSULA CUARTA: DE LAS EVENTUALES DIFERENCIAS O CONFLICTOS ENTRE LAS PARTES**

En caso de eventuales diferencias o conflictos entre las partes se deberá observar lo establecido en la cláusula trigésima novena del contrato de Fideicomiso de Titularización entre la UCR y el BNCR.

## **CLÁUSULA QUINTA: DE LA ESTIMACIÓN FISCAL DE ESTE CONTRATO**

De conformidad con el artículo 272 del Código Fiscal, por no conocerse el monto exacto del arrendamiento mensual, ni el precio actual del inmueble por arrendar, el presente contrato es de cuantía inestimable.

La Universidad de Costa Rica está exenta de toda clase de impuestos, timbres y derechos con respecto a este tipo de negocios jurídicos, tal y como lo establecen las Leyes 3030 del 20 de septiembre de 1962, la 5684 del 30 de abril de 1975. La 7015 del 29 de noviembre de 1985 y la 7293 del 31 de marzo de 1992: Dicha exención fue ratificada, últimamente, por el artículo 2 inciso L) de la citada Ley reguladora de todas las exoneraciones vigentes, su derogatoria y sus excepciones, — Ley No 7293 del 31 de marzo de 1992—, por cuanto contempla como excepción a la derogatoria de todas las exenciones tributarias las que:

*“Se hayan otorgado al Poder Ejecutivo, al Poder Judicial, al Poder Legislativo, al Tribunal Supremo de Elecciones, a las instituciones descentralizadas, a las municipalidades, a las empresas públicas estatales y municipales y a las universidades estatales”.* (El subrayado no corresponde al original).

## **CLÁUSULA SEXTA: DE LAS NOTIFICACIONES**

Para dirigir cualquier comunicación o notificación entre las partes, acordamos que el domicilio contractual del ARRENDANTE es la Dirección de Banca de Inversión del Banco Nacional, sita en Oficinas Centrales, 2do Piso (M.1), Avenida 3, Calle 1, San José; y del ARRENDATARIO en las oficinas de la Vicerrectoría de Administración, en el Campus Universitario Rodrigo Facio, en San Pedro de Montes de Oca, San José.

Las partes se manifiestan conformes con la totalidad del contenido del presente contrato y lo firman por duplicado en la Ciudad de San José, el día 06 de octubre del 2010.

Por Fideicomitente

Por Fideicomiso

Héctor González Morera

Juan Carlos Corrales Salas”

## CONCLUSIONES

Se ratifica la hipótesis de la investigación y se obtienen las siguientes conclusiones:

1.- El país atraviesa una crisis donde se carece de infraestructura pública. Esta crisis se ha venido detonando, conforme crecen las necesidades y las expectativas con respecto al cambio de las actividades productivas, ejemplo el aumento en exportaciones, turismo, mayor demanda a educación básica, técnica y especializada, entre otros; lo que ha venido generando gran presión sobre obras existentes y exige la gestión de proyectos nuevos.

La infraestructura pública existente actualmente no tiene la capacidad de satisfacer las necesidades de la población, necesidades que son una premisa de orden valorativo, pero que han sido constatadas en reiteradas ocasiones por estudios técnicos y vienen a influir de manera negativa en la condición económica del país.

2.- El Estado y las Instituciones Públicas han batallado para enfrentar el fenómeno mencionado anteriormente, pero no han obtenido los resultados deseados. Evidentemente se ha apostado por mecanismos temporales para la solución del problema, que a todas luces han resultado ser ineficientes e ineficaces, teniendo como resultado grandes inversiones a cambio de ausencia de resultados, ocasionando pérdidas económicas.

Esto debido a que el problema no se resume únicamente en ausencia de infraestructura, sino que además, la existente se encuentra en pésimas condiciones.

3.- El Estado y las Instituciones Públicas han apostado por una alianza entre el sector público y el privado, para la obtención de capital destinado a la inversión en infraestructura del país. Esta, que nos parece una adecuada idea, se vio en un principio limitada a mecanismos o figuras jurídicas más tradicionales, como lo es el contrato de concesión pública.

4.- El contrato de concesión pública, aplicado en nuestro país, no tuvo los frutos esperados, por el contrario se ha enfrentado a una serie de problemas, perdiendo así la credibilidad de los ciudadanos, quienes ven cada vez más lejos la posibilidad de que el Estado cumpla con la inversión en infraestructura.

Este fracaso de la figura de concesión pública se debe principalmente a dos factores:

a.- Gran retraso y burocracia en los procesos de contratación administrativa.

b. Actos de corrupción.

5.- Con respecto a alianzas entre los sectores público y privado para la inversión en infraestructura pública, diferentes países han venido desarrollando tanto doctrina como legislación. Nuestro país no ha sido la excepción, pues en Costa Rica, se han dado la tarea de crear sistemas de construcción de obra pública diferente a los existentes, empezando a incursionar en la aplicación de nuevos contratos como lo son: los Fondos de Desarrollo Inmobiliario y los Fideicomisos en sus diferentes modalidades.

6.- En cuanto a los Fondos de Desarrollo Inmobiliario el principal obstáculo que enfrenta su aplicación en Costa Rica, es que los terrenos en que se desarrolle el proyecto deben ser propiedad del Fondo, de esta forma es el Fondo quien debe procurar la adquisición de los mismos.

Considerando esta situación, para una institución pública que cuente con sus propios terrenos, es imposible trasladar la nuda propiedad al Fondo, por el carácter demanial de los bienes públicos.

7.- En cuanto a la implementación de la figura de los Fideicomisos en nuestro país, el principal factor adverso detectado, ha sido la ignorancia o desconocimiento que a través de su desarrollo llevó a procesos de aprendizaje, básicamente procesos de prueba y error, que dio como resultado un largo camino y distintas reformas.

8.- A pesar de esta dificultad y del largo camino de investigación y conocimiento atravesado, algunas Instituciones Públicas han logrado poner en marcha fideicomisos para el desarrollo de infraestructura pública. Ejemplo de ello son: el ICE (quien

obtuvo resultados con la aplicación del fideicomiso de titularización), la Asamblea Legislativa (quien se encuentra en la etapa de contratación de la unidad administradora del fideicomiso) y el Ministerio de Educación Pública (que ya cuenta con la aprobación de la ley que le permita la participación en un contrato de FIDOP) quienes están incursionando en el Fideicomiso de Desarrollo de Obra Pública y la Universidad de Costa Rica (quien se encuentra ya en la etapa de construcción de la obra) quien implementó la figura del Fideicomiso “*Sui Générés*” . Los precedentes impuestos por estas instituciones pioneras dejan abierto el camino para que las nuevas instituciones que quieran incursionar en la figura del fideicomiso, tengan mayor acceso al conocimiento de cómo hacerlo y sea un proceso mucho más rápido, del que ellos tuvieron que atravesar.

**9.-Se debe fortalecer la figura del Fideicomiso, debido a que tiene origen privado, pero se emplea en estos casos para fines públicos, en los cuales hay que buscar el equilibrio para proteger tanto al inversionista como a los beneficiarios y usuarios públicos, los cuales son elementos personales que se pueden agregar a este tipo de figuras.**

10.- A raíz del presente trabajo de investigación, se considera que es necesaria la promulgación de una Ley específica donde se regule la materia de fideicomisos y fondos de desarrollo inmobiliario, utilizados por la Administración Pública de una manera adecuada. Actualmente todo el funcionamiento de ambas figuras se regula únicamente por vía reglamentaria. Manejo que se considera inadecuado, pues si recordamos en la jerarquía normativa, el reglamento es el instrumento de menor rango. Por lo tanto, esto deja al aparato estatal, para los actos jurídicos que realice en esta materia, con un fundamento jurídico sumamente débil que incluso podría cuestionarse de ilegal o inconstitucional en virtud de la aplicación del principio de Legalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

### • Libros

1. Acosta, M. (1979). *Teoría General del Derecho Administrativo*. México D.F.
2. Arespacochagua, J. (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
3. Carregal, M.A. (1982). *El fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
4. Dromi, J.R. (1995). *Derecho Administrativo*. (4° ed.) Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1069.
5. Gherzi, C.A. (2007). *Fideicomisos*, Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, primera edición.
6. González. A (1965). *La concesión: acto administrativo creador de derechos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 654.
7. Jinesta, E. (2006) *Tratado de Derecho Administrativo*. (1° ed.) Tomo I, San José, Costa Rica.
8. Quirós, A.J. (2005). *Teoría de la Concesión de Obra Pública en Costa Rica*. Public Work Concession Theory in Costa Rica. San José: editorial Universidad Panamericana.
9. Romero, J.E. (1989). *Los Contratos del Estado, medios de selección del contratista público*. San José: editorial, UNED.
10. Romero, J.E. (1997). *Dominio Público*. Algunas Notas. Revista de Ciencias Jurídicas. (85): 63 – 83. Setiembre – diciembre.



11. Villegas, H.E. (2009). *Curso de Finanzas, Derecho financiero y Tributario*. (9º ed., 2ª reimpresión). Buenos Aires, Editorial Astrea.

- ***Trabajos Finales de Graduación***

1. Abarca, C y De Ford González, G. (2007). Naturaleza Jurídica de los Fideicomisos en la Administración Pública. Caso específico IMAS. (Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, 2007).
2. Campos González, D. (2012). Los fideicomisos como mecanismo de financiamiento de obras públicas en Costa Rica. Tesis Doctoral, Escuela Libre Derecho 2012
3. Carmona, M., Rodríguez, D y Umaña A. (2010). Los fideicomisos de Titularización: Un Estudio Integral que facilite la implementación de la figura en una institución pública. (Seminario de Graduación presentado como requisito para optar por el grado de Licenciatura en Administración Pública. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, 2010).
4. Delgado, I. (1999). Contratos de Fideicomiso con Fondos Públicos, su aplicación, regulación y control en Costa Rica. (Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, 1999).
5. Galva, C.R. Formas alternativas de estructuración financiero-legal para el desarrollo de infraestructura hospitalaria en Costa Rica: Participación de un fondo privado mediante una asociación público-privada vía joint venture. (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derech, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.)
6. González, J., Sandoval, A.V. (2003). Análisis Jurídico de los procesos de titularización como esquemas de financiamiento no tradicional para la

Empresa Pública- Fideicomisos de Titularización Proyecto Hidroeléctrico Peñas Blancas. (Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, 2003).

7. González, C.M. (2010). Dominio Público versus Propiedad Privada: Intereses en juego, el caso del Decreto Ley N° IXV, de 1888. (Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2010).
8. Montero, M.M., Zamora, K.S. (2009) El Consejo Nacional de Concesiones, su organización y funcionamiento a la luz del Ordenamiento Jurídico Costarricense. Evaluación y aplicación de los principios de eficiencia y celeridad en los proyectos de Concesión de Obra Pública, San Ramón, Alajuela, Costa Rica. (Trabajo final de graduación para optar por el título de licenciadas en Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, 2009).
9. Saborío, J.A. (1994). El contrato de Concesión de Obra Pública, San José, Costa Rica. (Tesis para optar por el grado de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, 1994).
10. Uhring, Z. (2005). Esquemas de Financiamiento para Concesión de Obras Públicas con Servicio Público: específicamente una carretera. (Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, 2005).

- **Páginas Web**

1. Barrantes, J. El Fideicomiso: Algunos conceptos generales (2012). Recuperado de: < <http://www.casadelosriscos.com/articulos/fideicomiso.pdf> >. [Consulta: Abril. 2012].
2. Bello, S. Fideicomiso Público. (2012). Recuperado de: < [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110644/1/DDAFP\\_Bello\\_Knoll\\_SI\\_Fideicomiso.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110644/1/DDAFP_Bello_Knoll_SI_Fideicomiso.pdf) >. [Consulta: Abril. 2012].
3. Castro, R., Porras, J.A. Infraestructura y Desarrollo Económico en Costa Rica. Recuperado de: [http://www.academiaca.or.cr/documentos/Libroanual\\_conportda\\_09.pdf](http://www.academiaca.or.cr/documentos/Libroanual_conportda_09.pdf)
4. Claridad en la CCSS. (15 de marzo de 2011). *La Nación*. Recuperado de: <http://www.nacion.com/2011-03-15/Opinion/Editorial/Opinion2714237.aspx>. [Consulta: Enero. 2013].
5. Código de Comercio de Costa Rica (2012). Recuperado de: < <http://www.casadelosriscos.com/site/consulta-legislacion/48-codigos/52-codigo-de-comercio-de-costa-rica>>. [Consulta: Abril. 2012].
6. Constitución Política de Costa Rica. Recuperado de: <<http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>>. [Consulta: Marzo. 2013].
7. Dunn, J. Artículo Fideicomisos Públicos como Herramientas para el Desarrollo Nacional. Recuperado de: < <http://es.scribd.com/doc/49369790/Articulo-El-fideicomiso-publico-Jaime-Dunn>>. [Consulta: Agosto. 2012].
8. Fernández y. (2009). El arrendamiento financiero y operativo. Recuperado de: [http://www3.unileon.es/pecvnia/pecvnia2009/2009\\_243\\_262.pdf](http://www3.unileon.es/pecvnia/pecvnia2009/2009_243_262.pdf). [Consulta: Marzo. 2013].

9. Instituto Iberoamericanos del Mercado de Valores. (2013). Bases para la regulación de emisiones provenientes de procesos de titularización. Fiorella Carvajal .Directora de Asesoría Jurídica de la Superintendencia General de Valores. Documento elaborado para la revista Iberoamericana de Mercados de Valores. Recuperado de: <[www.IIMV.ORG](http://www.IIMV.ORG)>

10. Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Recuperado de:

<[http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=11609&nVersion=73652&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ\\_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ\\_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO](http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=11609&nVersion=73652&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJavaScript=NO)>.  
[Consulta: Marzo. 2013].

11. Mesalles, L., Céspedes O. (2009). Obstáculos al crecimiento económico de Costa Rica. Academia de Centroamérica, 2009, en especial el capítulo 2. Recuperado de: <http://www.academiaca.o.cr/documentos/libroanualconportada09.pdf>.  
[Consulta: Abril 2013]

12. Ramírez, E. (2009). SUGEVAL frena titularización de Obra Pública. Recuperado de: <[http://www.elfinancierocr.com/ef\\_archivo/2009/septiembre/13/enportada2075742.htm](http://www.elfinancierocr.com/ef_archivo/2009/septiembre/13/enportada2075742.htm)>. [Consulta: Marzo. 2013].

13. Rodríguez, C.J. Recuperado de: <http://revista-amauta.org/2012/07/concesiones-con-c-de-corrupcion/> [Consulta 13 de julio 2012].

14. Soto, J. Jimena Soto (17 de diciembre 2012). La Trocha: recuento del escándalo tico del 2012. Recuperado de: <http://www.crhoy.com/la-trocha-recuento-del-escandalo-tico-del-2012/>. [Consulta 13 de julio del 2013].

15. Superintendencia General de Valores (2013). Recuperado de: [http://www.sugeval.fi.cr/normativa/DocumentosAsociadosAReglamentos/OP\\_Matriz.doc](http://www.sugeval.fi.cr/normativa/DocumentosAsociadosAReglamentos/OP_Matriz.doc), [Consulta 25 de marzo del 2013].

16. Superintendencia General de Valores. ¿Qué es la SUGEVAL y cuáles servicios ofrece al inversionista? Recuperado de: <http://www.sugeval.fi.cr/MercadoValores/Documents/Qu%C3%A9%20es%20SUGEVAL.pdf>>. [Consulta: Marzo. 2013].

17. The Free Dictionary. Recuperado de: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/equity> [Consulta: Agosto 2013].

18. Vizcaíno, I., Vargas D. (2011). La Platina. La Nación. Recuperado de: <http://periodico.nacion.com/doc/nacion/proa-04diciembre2011/2011120201/19.html#21> [Consulta: Marzo. 2013].

19. (2013) Recuperado en:

<http://www.capitales.com/costarica/herramientas/titulos.mhtml>>

20. (2013). <  
documentos.cgr.go.cr/content/.../Anexo\_B\_Generales\_Titularizacion >.  
[Consulta: Enero. 2013].

21. (2013).  
<http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101416687/-1/home/goRegional/Loja#.UPHf8CcmYR4> >. [Consulta: Enero. 2013].

22. (2013) [http://www.popjuris.com/diccionario\\_juridico/definicion\\_del\\_common\\_law/](http://www.popjuris.com/diccionario_juridico/definicion_del_common_law/)

- ***Normativa***

1. Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (2011). Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. San José, Costa Rica.
2. Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (2006). Reglamento sobre Oferta Pública de Valores. Publicado en el Diario Oficial La Gaceta Oficial No. 88 del 9 de mayo.
3. Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. (2010). Artículo 8 del acta de la sesión 881-2010, celebrada el 17 de setiembre del 2010.
4. Contraloría General de la República (2000). DI-AC-089 del 14 de febrero.
5. Investigaciones Jurídicas S.A. (2011) Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos y su Reglamento. 6ta ed. San José, Costa Rica.
6. Jiménez, Alfonso. (2008) Código de Comercio. 23ed. San José, Costa Rica: IJSA.
7. Oficio de la Contraloría General de la República (1997), DAJ-970 de 29 de.

- ***Jurisprudencia***

1. Sala Constitucional, sentencia número 2306-91 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991.

- ***Otros***

1. Contraloría General de la República. Expediente de Refrendo de Contrato de Fideicomiso UCR-BCR.

2. Informe que corresponde al punto 4.1.2 de la agenda 785-2009  
SUGEF-SUGEVAL-SUGESE

- *Entrevista*

1. Doctor Minor E. Salas Solís, asesor jurídico de la Universidad de Costa Rica, en Megaproyectos. Fideicomiso UCR-BCR.