

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL CONTRATO DE GESTIÓN INTERESADA EN SERVICIOS AEROPORTUARIOS.

RESUMEN: La presente recopilación de Doctrina, normativa y jurisprudencia, recaba la información relacionada al tema del contrato de Gestión Interesada, el cual se ha desarrollado tanto en la doctrina como en la normativa principalmente en el tema de Servicios Aeroportuarios, en el apartado de doctrina se desarrolla su concepto y naturaleza, además de su aplicación, desde la jurisprudencia se analizan aspectos como el arbitraje y el caso del Aeropuerto Juan Santamaría.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a)Concepto de Gestión Interesada.....	2
Definición.....	2
El contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratación administrativa, LCA.....	3
Contratos típicos, atípicos, nominados, innominados.....	4
b)Concepto y antecedentes.....	5
c)La Gestión interesada y su aplicación con la ley 7762.....	6
La posición del Ministerio de obras Públicas y Transportes.....	9
d)Semejanzas del contrato de gestión interesada y el contrato de concesión de obra pública con servicio público.....	10
2NORMATIVA.....	11
a)Ley de Contratación Administrativa.....	11
b)Reglamento Contratos Gestión Interesada Servicios Aeroportuarios.....	12
3JURISPRUDENCIA.....	21
a)Sobre el contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Juan Santamaría.....	21
b)La Gestión interesada no supone un traspaso en la titularidad de los bienes involucrados.....	33
c)Sobre el arbitraje en caso de Gestión interesada del Aeropuerto Juan Santamaría.....	40

1 DOCTRINA

a) *Concepto de Gestión Interesada*

[ROMERO PÉREZ]¹

"En el país se están realizando procedimientos que tienen que ver con el conocido contrato nominado y típico llamado de gestión interesada para darle el aeropuerto Juan Santamaría a un particular.

Se trata de una de las contrataciones más grandes de la historia de este país, razón por la cual se ha levantado una fuerte discusión debido a cantidad de \$ 1.600 millones de dólares en juego, de los cuales \$591 millones se consideran ganancia (para el gestor se calcula en \$400 millones - Otto Guevara "Ceguera aeronáutica", La Nación, 2 de octubre de 1999). Es un gran negocio; y, por ello los que ganan y los que pierden chocan de frente en esta negociación.

En esta investigación, se hará un análisis jurídico a partir del terreno de la contratación administrativa.

Definición

Una de las posibles conceptualizaciones o definiciones, podría ser esta, la cual será matizada durante el desarrollo de esta investigación, por ello se trata de una definición de inicio.

El contrato de gestión interesada es una modalidad que supera el concepto tradicional de concesión, por el cual un particular denominado gestor (persona física o jurídica) con personalidad propia y organizado en empresa, desarrolla un servicio público (o construye una obra pública), mediante una retribución determinada en dicho contrato (cf. Julio Nieves Borrego, La gestión interesada en el derecho administrativo español, Madrid: Revista de Administración Pública, Ne 26, 1958, pág. 60).

Considero que este contrato es una modalidad del contrato administrativo típico de la concesión, con la variante de que la Administración Pública y el gestor (particular) recibe una

participación en los beneficios de la ejecución y explotación del contrato.

Elementos que integran este contrato: Personales: Referentes al gestor como persona.

Reales: Realización del servicio público o construcción de la obra, remuneración.

Formales: Creación contractual, incluyendo la manera del pago al gestor (cf. Nieves, cit., pág. 61).

Riesgos: Se reparten entre el gestor y el Estado (artículo 7 del reglamento en debate).

Ganancias: Se reparten entre el gestor y el Estado.

El contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratación administrativa, LCA

El artículo 74 de la LCA lo perfila así:

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

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

La Administración siempre conservará los poderes de supervisión e intervención, necesarios para garantizar la buena marcha de los servicios.

La concesión de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter indefinido. Según la naturaleza del servicio, en reglamento se fijará su duración, que no podrá exceder de 25 años.

Todas las concesiones de gestión de servicios públicos estarán precedidas de un anteproyecto de explotación, en el que se definirán, minuciosamente, las condiciones de la prestación de las tarifas, las facultades de intervención administrativa y los supuestos de extinción.

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

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

El régimen definido en este artículo no se aplicará a las concesiones de servicios públicos, a cargo de particulares, reguladas por ley especial.

Se hace la observación que este artículo no ha sido reglamentado.

De la redacción de este numeral se desprenden estas indicaciones, entre otras:

Se trata de un contrato administrativo típico o nominado. No se puede usar esta figura contractual cuando la prestación del servicio implique el ejercicio de potestades de imperio o actos de autoridad.

Contratos típicos, atípicos, nominados, innominados

Daremos algunas definiciones de esta clase de convenios.

Contrato típico: Tiene disciplina concreta y detallada en la ley, como por ejemplo, los contratos de obra pública, suministros, gestión de servicios públicos.

Contrato atípico: Contrato ex-novo, fundado en la realidad legal; carente de regulación legal, razón por la que los contratantes plantean sus estipulaciones.

Contrato nominado: Es el que tiene nombre -nomen iuris- pudiendo tener una disciplina legal o careciendo de ella.

Contrato innominado: Carece nombre en la ley (cf. Miguel Montero, Contratos administrativos atípicos, Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969, págs. 27 a 38).

En la ley de contratación administrativa nuestra, en los artículos 3.2 y 55 se refiere a esta posibilidad de que es Estado realice contratos atípicos o innominados, como por ejemplo el convenio del leasing-alquiler o arrendamiento financiero con opción de compra- (Renato Rey, Leyde contratación administrativa, concordada, comentada con pronunciamientos. San José, IJSA, 1999, págs 31 a 33)."

b) Concepto y antecedentes

[CARRO AGUILAR]²

La gestión interesada se define como "la figura contractual mediante la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista".

La gestión interesada no es más que una de las tantas modalidades que puede adoptar la prestación de un servicio público. En nuestro país, tenemos esbozada la figura de "concesión de gestión de servicios públicos" en los artículos 74 y 75 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y, por otra parte, la Ley General de Concesión de Obra Pública (LGCOP), dedicada básicamente a la construcción de obras, con la consecuente explotación del servicio público que en ella se encuentra inmerso.

En el caso que nos ocupa, la modalidad de gestión interesada incorpora tanto obra como servicio, dándose prioridad a este segundo elemento.

Los Tribunales de Arbitraje de nuestro país también han definido la figura de la Gestión Interesada. En resolución CLAE 0001-2005, de las 15:00 horas del día 02 | de noviembre del 2005 el Centro Latinoamericano de Arbitraje Empresarial sentenció:

"La gestión interesada es una de las formas de prestación indirecta de los servicios públicos. El marco contractual en que la Administración Pública encarga a un particular la explotación de un servicio público no suele reducirse a una sola figura. La insostenible condición del modelo en el que las inversiones

necesarias para grandes obras de infraestructura y servicio público ha dado lugar a la conformación de diversos acuerdos contractuales entre la Administración Pública y el sector privado para la realización de obra o la prestación de servicios públicos. El sector privado deja de ser un mero productor de activos fijos que traslada al Gobierno, para ocuparse de actividades que estaban reservadas a las autoridades estatales. Esta nueva forma de interrelación público-privada no está ceñida a un modelo contractual, que constituye una red económicamente eficiente cuya arquitectura dependerá de las características del proyecto. Sin embargo, algunas notas comunes pueden subrayarse: a) La Administración Pública y el empresario establecen un acuerdo en que asumen labores complementarias; b) La base de la relación es a largo plazo; c) Se busca una mejora de la gestión, d) El operador privado es remunerado por los usuarios o la propia Administración de acuerdo con la actividad desempeñada y e) Los contratos deben definir de forma precisa, las responsabilidades de cada parte y a quién corresponde la administración de los riesgos. Este último aspecto resulta de suma importancia. Independientemente del tipo de proyecto que se trate (carretera, ferrocarriles o un aeropuerto), la participación privada en la gestión de obra y servicio público conlleva un riesgo. Se presenta, entonces, un elemento diferenciador del contrato de construcción de obra pública. La esencia de la relación es que el empresario realiza una inversión que es compensada por los resultados que obtiene de la explotación de la obra o servicio que le permiten sostener una gestión eficiente y obtener una utilidad. La presencia de este "riesgo concesional" es lo que le asegura un lugar separado de los contratos tradicionales de construcción o suministro. La concesión de gestión de servicios públicos y la gestión interesada, son dos figuras contractuales que se caracterizan por la participación de un privado en la prestación de un servicio público en obras que constituyen dominio de la Administración, generalmente calificado de público por lo que no pueden pasar a titularidad privada. En ambos casos lo que se contrata es la gestión indirecta de un servicio, aunque los términos y condiciones de tal gestión varían de una figura contractual a otra, teniendo como nota común la presencia del riesgo, según se ha indicado."

c) La Gestión interesada y su aplicación con la ley 7762.

[BADILLA VILLANUEVA]³

"La Ley N2 7762 del 22 de mayo de 1998, regula -según lo establece en su artículo 1, inciso 1- todos los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos, exceptuando de su aplicación únicamente los servicios de telecomunicaciones y de electricidad. En relación con los aeropuertos internacionales la misma ley en su artículo 2 inciso 2, señala expresamente, que:

"Únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley).

La Dirección General de Aviación Civil y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes publicaron el Cartel para la Licitación Pública Internacional No 1-98, Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios Prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría. Según lo indica el citado documento las leyes aplicables son:

La Ley de la Contratación Administrativa,

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y

El Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios.

Obsérvese que el Cartel no menciona en ninguna parte, la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, pues la misma no estaba vigente, al momento de confección del Cartel. Asimismo el Dictamen 001797 -de repetida cita-, emitido antes de que entrara a regir la Ley N2 7762 indicó que con base en los Artículos 55 de la Ley de la Contratación Administrativa y 66 de su Reglamento,

"...La figura de la gestión interesada que el Consejo Técnico de Aviación Civil pretende utilizar para la contratación de los servicios aeroportuarios, se encuentra precisamente dentro de esos tipos contractuales no regulados en nuestro ordenamiento jurídico-también denominados atípicos"-.

Como puede observarse, para la procedencia en la utilización de una figura contractual atípica se requiere el cumplimiento de dos supuestos básicos:

1. Que la Administración demuestre que con el uso de esa figura se contribuye a satisfacer el interés general, y
2. Que la figura, al carecer de regulación en nuestro medio, sea previamente reglamentada y consultada a este Órgano Contralor, es

decir que pierde su tipicidad (sic)".

Con base en la disposición contenida en el artículo 2 inciso 2 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, es obvio que -de acuerdo con el Dictamen de la Contraloría- al promulgarse la Ley NQ 7762 que establece el procedimiento de la Concesión de Obras en materia de aeropuertos, el fundamento jurídico del Cartel debe de serlo la Ley N2 7762, esto en razón de que uno de los supuestos establecidos en el dictamen fue modificado al regularse la figura en el artículo 2 inciso 2 de la citada ley.

Por consiguiente el Cartel para la Licitación Internacional 89-1 así como las actuaciones que hasta este momento han realizado la Administración y los particulares con fundamento en este Cartel, son absolutamente nulos. Esto por cuanto -como ya se indicó- la ley indica con claridad meridiana- que el mecanismo adecuado para permitir la participación de particulares en aeropuertos o servicios aeroportuarios lo es la Concesión.

Por otra parte al pretender analizar la validez del Cartel deben considerarse otros aspectos como son la jerarquía normativa que establece la fortaleza de una normativa frente a otra que por rango de ubicación en la pirámide jurídica está en un escalafón inferior y la temporalidad -el orden cronológico en que se promulgaron las normas ya que de todos es conocido que la ley posterior, deroga a la anterior. (Con mayor razón cuando es de rango superior).

En el caso que nos ocupa, el Cartel -según lo indica en su Sección I.B. se rige por la Ley de la Contratación Administrativa y su Reglamento y por el Reglamento para los contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios el cual fue publicado en La Gaceta del 31 de marzo de 1998. Por su parte, la Ley de Concesión de Obras Públicas con servicios públicos fue publicada el 22 de mayo de 1998 y su Reglamento fue publicado el 16 de junio del mismo año.

Es claro que una vez que se publicó la Ley NQ 7762 el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios fue doblemente derogado por una norma de carácter jurídico superior -pues es una ley- y de promulgación posterior, lo cual dejó fuera de aplicación en cualquier ámbito al Reglamento de marras. Mal hace la Administración al pretender seguir el procedimiento licitatorio con un fundamento tan precario, como el invocado en el Cartel 01-98.

La posición del Ministerio de obras Públicas y Transportes.

Las autoridades del MOPT no parecen haber considerado la posibilidad de enderezar el procedimiento a fin de lograr que se mejore tanto el aeropuerto como los servicios aeroportuarios a la mayor brevedad en aras del interés público. El asidero jurídico invocado lo es el artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa el cual señala que:

"Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, reglamentariamente, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados por esta Ley".

Pareciera que la administración podría definir reglamentariamente cualquier tipo contractual que no estuviese regulado expresamente ni en la Ley de la Contratación Administrativa, ni en ninguna otra ley, pues de existir una ley que regule una figura contractual, como es el caso en comentario, en el que la ley aplicable no requiere interpretaciones, pues su contenido es absolutamente claro, corresponde a la Administración utilizar esa figura, hacer otra cosa implicaría violar el principio de legalidad al que está sometida la Administración.

Otra norma que el Ministerio invoca como fundamento legal de la Licitación es el Decreto NQ 26801-MOPT Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios. El citado Decreto consta de 24 artículos que determinan:

Qué es la gestión interesada, cuál es el objeto del contrato, quiénes pueden presentar ofertas;

La obligación de la empresa que sea declarada adjudicataria de constituir una sociedad anónima nacional;

Regulaciones sobre la construcción de las obras; La participación del gestor en los riesgos y beneficios; El plazo del contrato de gestión interesada (25 años); Tarifas y otras condiciones generales típicas.

El citado Reglamento no contiene normas claras ni específicas referentes a los beneficios que la Administración obtendría con este tipo de contratación, ni tampoco contiene información relativa a aquellos servicios a los cuales se refiriera la Sala en el Voto 2318-98, y que no podrían ser desempeñados por un particular."

d) Semejanzas del contrato de gestión interesada y el contrato de concesión de obra pública con servicio público.

[SEGURA SALAZAR]⁴

"A pesar de que los contratos de gestión interesada y de los contratos de concesión de obra pública con servicio público, son bastante diferentes en cuanto a sus particularidades, el hecho de provenir ser especies de un mismo género la Gestión de Servicios Públicos, tienen ciertas similitudes, tales como:

A) En ambas figuras se debe de fijar un plazo máximo.

En lo referente al plazo que han de durar ambas figuras se tiene que ambas son definidas, en el caso de la Ley General de Concesión de Obra Pública, en su numeral 56 establece que:

En el caso de la gestión interesada, se parte del mismo supuesto en su artículo 9; si embargo, del anterior numeral el 9 del Reglamento, establece para llevar a cabo el contrato un plazo máximo de 25 años. Y en el cartel en su aparte I.C. establece que el plazo del contrato será de 20 años.

B) La posibilidad de que la Administración asuma la prestación del servicio a través del rescate.

Ambas figuras posibilitan a la Administración para que en caso de incumplimiento pueda recuperar la titularidad o la administración del servicio público¹⁰⁰, según sea el caso. Así determinado en los artículos 34 y 38 de la Ley General de Concesión de Obra Pública y el artículo 18 del Reglamento de Contrato de Gestión Interesada en los servicios aeroportuarios.

C) Respeto a las características del servicio público y lo que ello implica.

El gestor deberá garantizar la continuidad de la prestación de los servicios aeroportuarios durante la vigencia del contrato y especialmente durante la construcción de las obras.

En la concesión en el artículo 19 señala que los usuarios tendrán derecho a disfrutar de las obras y los servicios concesionados, de acuerdo con los principios generales de la concesión establecidos del inciso b) del artículo 37 de esa Ley, así como 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.

Lo anterior implica que en ambos casos el interés general siempre prevalece, sobre el interés particular.

D) Para lograr la adjudicación de la obra ya sea al gestor o a los concesionarios se debe seguir el procedimiento de licitación pública.

El artículo 23 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, establece que el procedimiento que se llevará a cabo se regirá por medio de la licitación pública y el artículo 21 del Reglamento dispone que para la selección del gestor interesado, la Administración se sujetará a los principios y procedimientos de la licitación pública, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento."

2 NORMATIVA

a) Ley de Contratación Administrativa.

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁵

Artículo 55.–Tipos abiertos. Los tipos de contratación regulados en este capítulo no excluyen la posibilidad para que, mediante los Reglamentos de esta Ley, se defina cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general, dentro del marco general y los procedimientos ordinarios fijados en esta Ley.

Los Reglamentos que se emitan para tales efectos deberán ser consultados previamente a la Contraloría General de la República, a fin de que esta presente las recomendaciones que estime procedentes, en relación con los aspectos de su competencia. El dictamen del órgano contralor deberá emitirse en un plazo de quince días hábiles y sus recomendaciones no tendrán carácter vinculante.

(Así reformado mediante el artículo 1º de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006)

b) Reglamento Contratos Gestión Interesada Servicios Aeroportuarios

[PODER EJECUTIVO]⁶

Reglamento Contratos Gestión Interesada Servicios Aeroportuarios
N° 26801-MOPT

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y EL MINISTRO DE OBRAS PUBLICAS Y
TRANSPORTES

Con fundamento en lo que establecen los artículos 140 incisos 8 y 18 de la Constitución Política, 6 y 27 de la Ley General de Administración Pública, artículo 2 de la Ley General de Aviación Civil, artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa y 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Considerando:

1°—Que el artículo 2 de la Ley General de Aviación Civil dispone que la regulación de la aviación civil será ejercida por el Poder Ejecutivo actuando por medio del Consejo Técnico de Aviación Civil y de la Dirección General de Aviación Civil.

2°—Que el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que los tipos de contratación regulados por dicha ley no excluyen la posibilidad para la Administración de definir, vía reglamento, cualquier otro tipo contractual que contribuya a satisfacer el interés general.

3°—Que el artículo 66 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa dispone que la Administración podrá, por vía reglamento, definir cualquier tipo contractual a que podrá acudir y que los reglamentos que regulen esta materia deberán ser consultados con anterioridad a la Contraloría General de la República, con el objeto de armonizar conceptos, normas y

procedimientos sobre la especie.

4°—Que el contrato de gestión interesada es una figura contractual contemplada en ordenamientos jurídicos administrativos de otros países, mediante el cual la Administración explota los servicios de su competencia utilizando un gestor privado con el cual comparte riesgos y beneficios.

5°—Que conforme lo establece el artículo 66 del Reglamento General de Contratación Administrativa, el Consejo Técnico de Aviación Civil, sometió a consideración y consulta a la Contraloría General de la República, el proyecto de "Reglamento para los Contratos de Gestión

Interesada de los Servicios Aeroportuarios", la cual, mediante oficio DGCA 162-98, de fecha 23 de febrero de 1998, fundamentado en las instrucciones del señor Contralor General que constan en el oficio 1580 del 18 de febrero de 1998, resolvió emitir criterio perceptivo afirmativo, al respectivo Reglamento y la figura de la gestión interesada.

6°—Que la figura de la gestión interesada fue propuesta a la Contraloría General de la República por el Consejo Técnico de Aviación Civil como una figura idónea para mejorar la prestación de los servicios aeroportuarios en el país, siendo criterio del Ente Contralor el que con esta se contribuiría a una mejor satisfacción del interés general.

7°—Que el Reglamento para los contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios decretado en este acto, desarrolla en forma completa los efectos del contrato de gestión interesada.

8°—Que el Consejo Técnico de Aviación Civil, mediante acuerdo firme de la sesión ordinaria No 10-98 del 24 de febrero de 1998, acordó autorizar la publicación del Reglamento que en este acto se decreta por parte del Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, por encontrarlo conforme con el ordenamiento jurídico costarricense y oportuno para satisfacer el interés general". Por tanto,

Decretan:

REGLAMENTO PARA LOS CONTRATOS DE GESTIÓN INTERESADA DE LOS
SERVICIOS AEROPORTUARIOS

Artículo 1º–Gestión interesada de los servicios aeroportuarios.

La Administración Pública podrá gestionar los servicios aeroportuarios utilizando la figura contractual de la gestión interesada.

Artículo 2º–Definición.

El contrato de gestión interesada es la figura contractual mediante la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista. Los ingresos que serán considerados para la retribución al gestor serán determinados en el respectivo cartel.

Artículo 3º–Objeto del contrato.

El objeto del contrato de gestión interesada puede incluir la administración, operación, manejo y mantenimiento del aeropuerto, tanto en lo que respecta a pasajeros como a carga, así como la rehabilitación de las instalaciones aeroportuarias, la construcción parcial o total de las obras nuevas o la terminación de aquéllas en proceso de construcción, que sean necesarias para brindar los servicios aeroportuarios. Igualmente podrá incluir, entre otras, la prestación de servicios de asesoría en materia aeroportuaria y la promoción del aeropuerto en los mercados internacionales.

El objeto primordial de este tipo de contrato será la administración, operación, manejo y mantenimiento de los servicios aeroportuarios. La rehabilitación de las instalaciones y la construcción de obras nuevas necesarias para la adecuada prestación de dichos servicios se llevarán a cabo durante el plazo de vigencia del contrato, de conformidad con las estipulaciones

del cartel y del contrato.

El Cartel indicará las circunstancias y proveerá los mecanismos necesarios para garantizar que una vez vigente el contrato de gestión interesada, se dé un desarrollo ordenado de los procesos de construcción de una o varias obras ya contratadas por la Administración, tanto desde el punto de vista técnico como financiero.

Artículo 4º Ofertas en Consorcio

En los procedimientos para seleccionar al gestor podrán participar dos o más empresas reunidas en acuerdo de consorcio, a cuyo efecto deberán acreditar ante la Administración, la existencia de un acuerdo de consorcio, en el cual se regulen, al menos las obligaciones de las partes y otros aspectos que pueda requerir el cartel.

La conformación del consorcio no implica la creación de una persona jurídica independiente para la presentación de la oferta. No obstante, en caso de resultar adjudicatario, una vez firme la adjudicación, deberá constituir la sociedad nacional a que se refiere el artículo siguiente.

Las partes en consorcio responderán solidariamente ante la Administración, por todas las consecuencias derivadas de su participación en el consorcio y de éste en el contrato.

Artículo 5º–Constitución de la sociedad anónima nacional.

El adjudicatario estará obligado a constituir una sociedad anónima con quien será celebrado el contrato de gestión interesada. Asimismo será responsable en forma solidaria con la sociedad anónima que se constituya.

El Operador deberá mantener durante la vigencia del Contrato de Gestión el cincuenta por ciento del capital social inscrito, de tal forma que el ingreso de nuevos socios no diluya la responsabilidad del Gestor. En todo caso, la novación de socios deberá ser aprobada previamente y por escrito por el CTAC.

Artículo 6º–Construcción de obras para la prestación del servicio.

Cuando el objeto del respectivo contrato incluya la construcción de obras, éstas serán ejecutadas aplicando los estándares internacionales para el tipo de aeropuerto de que se trate y con

el propósito de optimizar la; calidad de los servicios prestados en el aeropuerto y mejorar la rentabilidad de éste. La construcción se llevará a cabo de conformidad con los términos y parámetros del Plan Maestro adoptado oficialmente por la Administración contratante con anterioridad a la publicación del cartel y previa aprobación, bajo criterios objetivos, de los planos respectivos por parte de la Dirección General de Aviación Civil. En todo caso. la Dirección aprobará, supervisará y fiscalizará permanentemente la construcción y mantenimiento de dichas obras.

El Plan Maestro incluirá, al menos, un diagnóstico de las instalaciones del aeropuerto en relación con su nivel de servicio, las proyecciones de demanda y la determinación de la infraestructura e inversiones requeridas para atender dicha demanda en un periodo no menor de quince años. El Plan Maestro incluirá también un análisis financiero que establezca la viabilidad económica del proyecto. La Administración podrá actualizar periódicamente el Plan Maestro tomando en consideración los cambios que se susciten en el nivel de demanda, para lo cual deberá considerar las opiniones y recomendaciones técnicas hechas por el Gestor de acuerdo al procedimiento establecido para estos efectos en el Cartel.

La Administración contratante recibirá oficialmente las obras después de contar con los estudios técnicos que acrediten el cumplimiento de los términos acordados y con las condiciones impuestas por la Dirección. La Administración podrá acordar en el cartel respectivo que en caso de discrepancias entre la Administración y el contratista sobre este particular, podrá acudir al juicio de peritos que establece el Código Procesal Civil.

El gestor podrá subcontratar la construcción de la obra. Cuando la subcontratación implique más de un cincuenta por ciento del total de la obra, el contratista deberá recabar previamente la autorización del Consejo Técnico de Aviación Civil, aún cuando las relaciones contractuales entre el gestor y los subcontratistas se regirán por las normas y principios del derecho privado. En ningún caso la subcontratación relevará al gestor de su responsabilidad por la ejecución total de la obra.

Para la construcción de obra deberá cumplirse con las disposiciones y requisitos establecidos en la Ley General del Ambiente. Igualmente deberá cumplirse con las disposiciones y requisitos contenidos en el Tratado de Chicago y los respectivos Anexos de la OACI.

Artículo 7º-Participación en los riesgos y beneficios.

En el contrato de gestión interesada, la Administración contratante y el gestora participará en los resultados de la explotación, es decir, de sus riesgos y de sus beneficios, en los términos que se establezcan en el respectivo cartel y en el contrato.

Artículo 8º-Retribución económica.

Los usuarios no abonarán al gestor contraprestación alguna por los servicios que reciban de ésta en el aeropuerto, si no que el Consejo Técnico de Aviación Civil cancelará al contratista lo que corresponda de conformidad con los términos pactados en el respectivo contrato.

Para garantizar al contratista el efectivo pago derivado de los ingresos, podrá recurrirse, entre otras figuras financieras permitidas por el ordenamiento jurídico, a la figura del fideicomiso, cuyo patrimonio estaría constituido por la totalidad o parte de los ingresos generados por la explotación de los servicios aeroportuarios, de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Aviación Civil. La finalidad del fideicomiso o de la figura financiera que se utilice será garantizar al gestor el cumplimiento riguroso de los compromisos asumidos al amparo del respectivo contrato. En este caso, el fideicomisario deberá ser un banco del Sistema Bancario Nacional, y será escogido por el fideicomitente siguiendo los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa.

Artículo 9º-Plazo del contrato.

El plazo de los contratos de gestión interesada no podrá exceder de veinticinco años, el cual empezará a regir a partir de la fecha en que el acto de adjudicación adquiera firmeza. La Administración determinará en el cartel respectivo el plazo aplicable al proyecto de que se trate, tomando en consideración de acuerdo al estudio Financiero contemplado en el plan maestro.

Artículo 10.-Financiamiento.

El Gestor podrá dar en garantía los ingresos que consten en el

cartel la gestión interesada para garantizar las obligaciones derivadas de la El máximo de endeudamiento que podrá utilizar el gestor se fijará respectivo cartel, no pudiendo ser en ningún caso mayor al noventa dentro de la inversión inicial. El Cartel fijará el porcentaje máximo de endeudamiento. igualmente determinará la participación mínima que el gestor tendrá de Capital Social.

Artículo 11.- Titularidad de los servicios.

La Administración contratante mantendrá, en todo momento, la titularidad de los servicios contratados y responderá ante terceros por la operación propia de la actividad, sin perjuicio de la responsabilidad contractual en que incurra la empresa gestora por incumplimiento de sus obligaciones.

Artículo 12.-Calidad en la prestación de los servicios.

La Administración contratante velará permanentemente por que la prestación de los servicios aeroportuarios se lleve a cabo de la manera que mejor satisfaga los intereses de los usuarios y del país, de conformidad con estándares que fijará el respectivo cartel. La Autoridad Reguladora de Servicios Públicos ejercerá su autoridad de conformidad con las competencias asignadas por la Ley No 7593 y lo establecido en el activo cartel.

Artículo 13.-Limitaciones del contrato de gestión interesada.

El contrato de gestión interesada no implica traspaso alguno de las instalaciones, mejoras y derechos de la Administración en favor del gestor.

Tampoco conlleva, en modo alguno, la venta del aeropuerto, ni su arrendamiento. ni la imposición de gravámenes sobre él.

Artículo 14.-Potestades del Consejo Técnico del Aviación Civil.

Durante la vigencia del contrato, el Consejo Técnico de Aviación ; mantendrá la potestad de otorgar las concesiones de explotación, los lisos para la prestación de servicios auxiliares y los certificados y lisos provisionales de explotación, todo de conformidad con las disposiciones de la Ley General de Aviación Civil.

Para el otorgamiento de los indicados permisos, certificados y concesiones, el Consejo Técnico de Aviación Civil recurrirá a los

procedimientos establecidos en la Ley General de Aviación Civil y sus reglamentos y aquéllos serán extendidos con el objetivo expreso de optimizar la explotación comercial de las instalaciones aeroportuarias y de mejorar la prestación de los servicios en el aeropuerto.

Artículo 15.—Recomendaciones del gestor.

El gestor tendrá derecho a hacer recomendaciones, tanto de carácter general como específico, al Consejo Técnico de Aviación Civil con el fin de fijar los mecanismos, principios y cambios necesarios para maximizar la rentabilidad del aeropuerto así como la calidad de los servicios prestados.

Artículo 16.—Obligación de coordinar.

El gestor deberá coordinar las actividades derivadas del objeto del contrato con las demás instituciones públicas y organismos privados que presten servicios dentro o en relación con el aeropuerto.

Artículo 17.—No suspensión del servicio durante la construcción de las obras.

El gestor deberá garantizar la continuidad de la prestación de los servicios aeroportuarios durante la vigencia del contrato y especialmente durante la construcción de las obras.

Artículo 18.—Causas de resolución del contrato.

La Administración podrá declarar la resolución del contrato, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

El incumplimiento de los términos del contrato de manera que afecte gravemente la prestación del servicio.

La extinción de la personería jurídica del gestor.

La declaración de quiebra del gestor.

El mutuo acuerdo entre la Administración y el gestor.

Las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.

Las contempladas por la Ley de Contratación Administrativa.

Por motivos de interés público, la Administración podrá acordar el cese de la prestación de los servicios contratados con el gestor, todo con el debido proceso.

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

Artículo 19.-Fijación de tarifas.

Las tarifas aplicables por los servicios aeroportuarios serán fijadas de conformidad con los procedimientos legales establecidos. La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos regulará las tarifas correspondientes a los servicios aeronáuticos según los términos de la Ley N° 7593.

Artículo 20.-Modificaciones a la relación contractual.

Cuando la Administración acuerde modificaciones que afecten el equilibrio financiero de la gestión, la Administración deberá compensar al gestor de manera que se restablezcan las condiciones consideradas al momento de la adjudicación.

Artículo 21.-Procedimiento para la selección del gestor.

Para la selección del gestor interesado, la Administración se sujetará principios y procedimientos de la licitación pública, de conformidad las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento.

Artículo 22. Criterios de Evaluación.

Los criterios de evaluación y la metodología para la selección gestor estarán determinados en el respectivo cartel y entre ellos se incluirán al menos los siguientes:

- a) Calificación de la experiencia
- b) Calificación de la propuesta técnica
- c) Calificación del plan operacional del manejo del aeropuerto, el cual incluirá los estándares de servicio
- d) Calificación del financiamiento
- e) Calificación de los términos económicos (porcentaje de ingresos)

Artículo 23.-Garantías de participación y de cumplimiento.

Para efectos de determinar el monto correspondiente a las

garantías de participación y de cumplimiento el valor de la oferta y del respectivo contrato se calculará con base en el valor presente neto de los flujos de fondos a futuro. Se entenderá por flujos de fondos a futuro, los ingresos netos generados por el aeropuerto lo cual corresponde a los ingresos brutos

anuales obtenidos de las operaciones y tarifas cobradas en el lado aéreo, las terminales, las actividades comerciales y los servicios del lado terrestre, menos los gastos de operación y mantenimiento, los gastos financieros y los fondos de reserva establecidos en la estructura tarifaria del proyecto y el cartel.

La garantía de cumplimiento podrá ser revisada periódicamente, de conformidad con los términos que se establecerán en el cartel y tomando como base el presupuesto de inversión aprobado por la Administración para el periodo correspondiente.

Artículo 24.–Vigencia

Rige a partir de su publicación.

3 JURISPRUDENCIA

a) Sobre el contrato de Gestión Interesada del Aeropuerto Juan Santamaría

[Contraloría General de la República]⁷

20 de diciembre de 1999

DAGJ-614-99

Licenciado

Otto Guevara Guth y otros

Diputados

ASAMBLEA LEGISLATIVA

Estimados señores:

Nos referimos a su memorial fechado 22 de noviembre del año en curso, en el cual manifiestan que el contrato para la gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, originado en la Licitación Pública Internacional 1-98, requiere -a su juicio- de la aprobación legislativa, conforme el artículo 140 inciso 19) de la Constitución Política, interpretación en torno a la que solicitan nuestra "opinión". Asimismo, nos piden girar instrucciones a la Administración tendientes a que: -se incorpore en el contrato una cláusula que condicione su entrada en vigencia a la aprobación legislativa; - se excluyan del contrato las funciones relativas a control aduanero, seguridad aeroportuaria y cobro de impuestos; -se elimine de la "concepción de la obra" el cierre futuro del Aeropuerto y -se remita a la Asamblea Legislativa el contrato para su "consideración".

I. Sobre las razones que exponen los consultantes como fundamento para la "aprobación legislativa" del contrato de gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría:

1. Manifiestan los consultantes que de conformidad con el artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política, únicamente y -a modo de excepción- mediante el régimen de concesión, pueden los particulares explotar los bienes allí mencionados. En este caso, la autorización expresa de la Asamblea Legislativa se concede a través de una ley general de concesiones, o bien, de manera individual.

2. Según lo dispuesto por el artículo 140, inciso 19) de la Constitución Política, la entrega a particulares de cualesquiera servicios públicos (aún cuando éstos no cuenten con una protección especial) requiere de la aprobación de la Asamblea Legislativa.

3. Tan fuerte es la limitante constitucional en el caso de los aeropuertos nacionales, que el legislador al dictar la anterior "Ley General de Concesión de Obra Pública" Ley número 7404/94 estimó que la "concesión" no era aplicable, en razón de lo cual, se dijo que los aeropuertos nacionales, mientras estuvieran en servicio, no podían ser enajenados, arrendados, ni gravados directa o indirectamente, ni salir de ninguna forma del dominio y control de Estado.

4. Actualmente, la "Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos" (Ley número 7762 del 14 de abril de 1998) establece que los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes y los servicios que allí se prestan, pueden ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esa ley.

5. La Sala Constitucional al conocer del Proyecto de la actual Ley General de Concesión, Ley No. 7762/98, por la vía consultiva, estableció que la seguridad nacional, el control aduanero, de migración y todo aquello que tenga relación con funciones propias del Estado son actividades indelegables e irrenunciables y, por tanto, reservadas exclusivamente al Estado. Asimismo, aceptó la posibilidad de utilizar una ley marco para dar en concesión bienes públicos, en cuyo caso no se requiere aprobación concreta de la Asamblea Legislativa, pues se entiende que ésta ha dado una aprobación general para tal efecto; de donde, en criterio de los consultantes, de una u otra forma, es indispensable utilizar un régimen legal (ver voto 2318-98).

6. Para que un particular pueda explotar en cualquier forma un aeropuerto -sin aprobación legislativa específica- debe aplicarse la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, reservando para el Estado, las funciones relativas al control aduanero, de migración, seguridad aeroportuaria y cobro de impuestos, entre otras cosas.

7. Visto que el Poder Ejecutivo utilizó en la licitación de marras una regulación establecida en un Decreto Ejecutivo, que no es ley marco de concesiones, se requiere la autorización particular de la Asamblea Legislativa.

II. Normativa aplicable:

1. El artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política, en lo que interesa, dispone:

“Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde a la Asamblea Legislativa: [...] 14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación. [...] Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales -estos últimos mientras se encuentren en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”.

Por su parte, el artículo 140, inciso 19) establece:

“Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: [...] 19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado”.

III. Antecedentes:

1. Por oficio 1560/98, la entonces Dirección General de Contratación Administrativa rindió dictamen favorable sobre el “Proyecto de Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios”. En aquella oportunidad y en estudio legal adjunto al oficio mencionado, se estableció que:

“La gestión interesada se define como “la figura contractual mediante la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista” [...] La gestión

interesada no es mas que una de las tantas modalidades que puede adoptar la prestación de un servicio público. [...] La forma en que el Constituyente de 1949 destacó, en párrafo aparte, la especial protección de que gozan los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, ha llevado a pensar en algún momento que tales haberes públicos no sólo no pueden salir del dominio y control del Estado [...] sino que tampoco sería posible admitir su explotación por particulares [...] Sin embargo, este cuestionamiento vino a quedar clarificado con la consulta de constitucionalidad relativa al "Proyecto de Ley General de Concesión de Obra Pública" Voto No. 3789-92 de las 12:00 horas del 27 de noviembre de 1992. En esa oportunidad, se cuestionó ante la Sala Constitucional si con el hecho de que se facultara al concesionario a explotar nuevas instalaciones de ferrocarriles, muelles y aeropuertos, se podría estar rozando con la disposición constitucional que impide la enajenación de estas obras. En su resolución, y luego de hacer un análisis sobre la figura propuesta distinguiéndola con claridad de los institutos de arrendamiento, gravamen y enajenación, el Tribunal Constitucional concluyó que el texto del proyecto de ley sometido a su conocimiento, en cuanto a este alcance, no presentaba ningún vicio de constitucionalidad. / Del corolario anterior podemos extraer, como conclusión general, que para dar en contratación a un particular los ferrocarriles, muelles y aeropuertos existentes -éstos últimos mientras estén en servicio-, bien podría ser utilizada cualquier figura jurídica que no implique ni arrendamiento, ni gravamen ni enajenación, siempre y cuando su concertación se de -tal y como lo veremos más adelante- directamente autorizada por la Asamblea Legislativa o de acuerdo con la ley y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que ella establezca. / Vistas las limitaciones impuestas por el Constituyente, en cuanto a los "aeropuertos nacionales" que se encuentren en servicio, se impone analizar entonces si la figura de la gestión interesada supone en alguna medida la exclusión del aeropuerto del dominio del Estado, o bien, su enajenación, arrendamiento o gravamen. [...] En modo alguno el Estado pierde o ve limitado su dominio sobre el aeropuerto, por varias razones. En primer lugar, debido a que el gestor asume labores administrativas que no suponen prerrogativas de imperio, las cuales en todo caso se reserva la Administración, como por ejemplo, los servicios de aduana, migración, etcétera. Asimismo, el Consejo Técnico será el encargado de otorgar las concesiones de explotación, los permisos para la prestación de servicios auxiliares y permisos provisionales, en observancia de lo dispuesto por la Ley General de Aviación Civil. En segundo lugar, la Administración mantiene la titularidad de los servicios contratados, respondiendo ante terceros de la operación de la propia actividad, consecuentemente,

también responderá por la calidad de tales servicios. Finalmente, al tratarse de un servicio público por excelencia, se prevé también la figura del rescate, en el evento de que el contratista se aparte de sus obligaciones o por razones de interés público. [...] En el caso que nos ocupa, no se da transmisión del bien, pues el gestor asume funciones administrativas; todo lo contrario, las instalaciones y mejoras del aeropuerto continúan siendo propiedad de la Administración, así como también las obras nuevas que se lleguen a realizar. En el supuesto de que el contrato fuera resuelto en forma anticipada, el Consejo mantiene la propiedad de las obras, sin perjuicio de los pagos que eventualmente procedieran a título de indemnización. / En punto al arrendamiento, que en el caso planteado no sería simplemente de instalaciones, en virtud del servicio público allí presente, encontramos diferencias importantes. En efecto, en el contrato de arrendamiento, el dueño debe garantizar al arrendatario el goce pacífico del bien, por sí mismo, mientras en el caso del aeropuerto sería inadmisibles usar las instalaciones, al margen de la intervención de la Administración, la cual en todo caso sería la responsable de una correcta prestación del servicio público, además de que no media un canon fijo como retribución. / Finalmente, administrar los servicios aeroportuarios a través de un gestor privado, no configura gravamen alguno sobre las instalaciones, menos en cuanto a los servicios, desde el momento mismo en que el contratista cuenta con poderes limitados, los cuales entre otras cosas, impiden que el aeropuerto como tal responda por obligaciones asumidas por el contratista, especialmente las de carácter financiero. Las instalaciones en todo momento son propiedad de la Administración. [...] Clarificado el hecho de que la gestión interesada no contraviene en cuanto al fondo el texto de nuestra Carta Fundamental, resta por considerar si el reglamento que por este medio se analiza debe de ser sometido a conocimiento de la Asamblea Legislativa. / Sobre este particular, el artículo 121, inciso 14), de la Constitución Política, claramente dispone [...] Con sustento en dicho enunciado, la Sala Constitucional ha manifestado que [...] Relativo a la cita que antecede, conviene hacer notar que la Sala Constitucional no ha desarrollado en mayor medida los requisitos que debe contener un texto legal para calificar como "ley marco", limitándose en su definición a señalarla como una ley general regulatoria del proceso de contratación, que contiene, entre otras cosas, la naturaleza temporal, la forma de cumplimiento, las obligaciones mínimas del ejecutor. En suma, cuanto persigue el Juez Constitucional es situar fuera del alcance de las partes las condiciones y estipulaciones básicas previstas por el mismo legislador. / No obstante el escaso desarrollo con que la

jurisprudencia constitucional ha tratado el tema de lo que es una "ley marco", bien podríamos afirmar de su propio contenido, que la Ley de Contratación Administrativa es, por antonomasia, aquella que viene a regular en forma general los procedimientos de contratación administrativa. Regula además dicho cuerpo normativo, una serie de tipos contractuales específicos, al tiempo que expresamente el legislador, en aras de dotar el sistema de contratación administrativa de una mayor agilidad, permitió la reglamentación de formas contractuales no desarrolladas aún en el ordenamiento jurídico administrativo costarricense. / Siendo ello así, por un lado tenemos que la Ley de Contratación Administrativa regula el procedimiento de licitación pública que en estos casos debe observarse y, por otro, permite el desarrollo de figuras contractuales a través de reglamentos en los cuales se incorporen los principales derechos y obligaciones de las partes, previo dictamen de la Contraloría General. Ambas regulaciones conocidas unas y autorizadas otras por la Asamblea Legislativa, se unen en este caso concreto para constituir una regulación marco, es decir, una estructura mínima, con base en la cual es posible garantizar el respeto a las limitaciones establecidas en el artículo 121 de la Constitución Política y, con ello, el resguardo de nuestra soberanía nacional [...]"

2. Asimismo, por oficio 13422/98, atendimos diversas dudas formuladas por el doctor Jorge Enrique Romero Pérez, sobre la constitucionalidad de la "gestión interesada", en los siguientes términos:

"Dispone el artículo 121, inciso 14), de la Constitución Política lo siguiente: [...] Hemos optado por transcribir en forma integral el artículo en mención, por cuanto del texto de los dos últimos párrafos queda evidenciado que el constituyente no sentenció que la concesión fuese el único tipo contractual que podía ser utilizado para contratar, en el caso que nos interesa, los aeropuertos en servicio. / En efecto, mientras que para los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) se admitió que podían ser explotados por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y de acuerdo con las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa, en el caso de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos el constituyente sólo indicó que tales bienes no podían salir, bajo ningún supuesto, del dominio y control del Estado. [...] Concluimos de lo anterior que para dar en contratación a un particular los ferrocarriles, muelles y

aeropuertos -éstos últimos mientras estén en servicio-, bien podría ser utilizada cualquier figura jurídica que no implique ni arrendamiento, ni gravamen, ni enajenación, siempre y cuando su concertación se encuentre directamente autorizada por la Asamblea Legislativa o de acuerdo con la ley y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que ella establezca. [...] b.- En cuanto a la forma. / Aclarado el punto anterior, procede considerar si en razón de su especial protección, dispuesta directamente por el propio Constituyente, los bienes indicados podrían ser dados en contrato por la vía propuesta. Sobre dicho particular, y según lo hemos manifestado, el artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política, claramente dispone que los bienes indicados en los apartes a), b), y c), y por conexidad según lo ha entendido la misma Sala Constitucional, los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, sólo pueden 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. / Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha admitido que en tales casos sea factible que el legislador regule a través de una ley marco los aspectos fundamentales del proceso de contratación, dejando librada entonces a la administración la selección última del contratista. [...] De todo lo que aquí antecede, concluye esta Contraloría General que el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios, dictaminado afirmativamente por el Organo Contralor y promulgado mediante Decreto Ejecutivo No. 26801-MOPT de 19 de marzo de 1998, se ajusta plenamente a las exigencias legales y constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico [...]"

IV. Nuestro criterio:

1. Desde el punto de vista constitucional, los artículos 121, inciso 14) y 140, inciso 19) establecen ámbitos de competencia diferentes; el primero atinente a las facultades de la Asamblea Legislativa y, el segundo, a los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo; sin embargo, no por ello resultan normas antagónicas, todo lo contrario, son complementarias.

Con el artículo 121 inciso 14), el Constituyente estableció

un claro y férreo régimen de protección en favor de cierta categoría de bienes públicos (y servicios públicos) de primer orden, que además estimó esenciales para toda la ciudadanía y reservó en favor de la Nación, como resultan ser las fuerzas que se obtienen de las aguas, los servicios inalámbricos, los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, en punto a lo cual, la Sala Constitucional ha defendido celosamente el dominio y control de esos bienes, a cargo del Estado, pero también ha permitido la explotación de particulares, siempre y cuando sea por ley o conforme a ella y, en el supuesto específico de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, no se configure enajenación, arrendamiento, ni gravamen, que la Constitución no permite.

Asimismo, con el artículo 140, inciso 19) el Constituyente pretendió reforzar -por otra vía- las prerrogativas de la Asamblea Legislativa y el control que aquélla está llamada a ejercer. En efecto, el sentido de la norma trasciende la mera suscripción de los contratos administrativos, lo cual constituye una función típicamente administrativa, para reservar el conocimiento de esos contratos únicamente cuando comprometan competencias legislativas tales como la exención de impuestos o tasas y la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado que sean reservados por ley. En otras palabras, en esos supuestos el Poder Ejecutivo, por vía de contratos administrativos, no puede, unilateralmente, crear impuestos, tasas o explotar servicios públicos, menos recursos o riquezas naturales, sin que la Asamblea Legislativa lo haya así autorizado.

Dentro de esta línea, ambas disposiciones se complementan en su sentido último, cual es garantizar la protección y el control legislativo tratándose de ciertos bienes públicos o de la reserva de ciertas facultades típicamente legislativas, como resultan ser la concesión de exenciones o como la creación de servicios públicos (artículo 121 inciso 20), de la Constitución Política). Desde un punto de vista práctico, podríamos pensar, que dado que el constituyente optó por enlistar bienes públicos de una forma taxativa para asegurar su resguardo (artículo 121 inciso 14) ante la posibilidad de no haber sido lo suficientemente exhaustivo y dejar otros bienes, también importantes, desprotegidos, introdujo una regulación mucho más general que engloba la explotación de servicios públicos y cualesquiera recursos o riquezas naturales del Estado, como por ejemplo, el agua, elemento que por su

escasez, se perfila cada vez con mayor claridad como esencial.

Ahora bien, si para los bienes contemplados en el artículo 121 inciso 14), que por la importancia para el Constituyente fueron enlistados, se permite su explotación a cargo de particulares, siempre y cuando -entre otras cosas- ésta haya sido convenida por ley o conforme a ella, con mucho mayor razón se debe permitir la explotación de los bienes y servicios públicos a los cuales -en forma genérica- se refiere el artículo 140 inciso 19). Entendemos que estamos frente a un conjunto de bienes para los que el constituyente reservó un régimen agravado que la Sala Constitucional, luego, se ha encargado de dimensionar.

Siguiendo con la misma línea de análisis, debemos tomar en cuenta que no todo contrato de explotación de los bienes detallados en el artículo 121 inciso 14) corresponde a un supuesto de "concesión", ni que debe ser aprobado, en forma individual, por la Asamblea Legislativa, toda vez que la Sala Constitucional ha establecido que el control legislativo se da también mediante la promulgación de una ley marco, en la cual se regulen los principales aspectos de la contratación, sin librar su definición a la voluntad de las partes, o bien, al Poder Ejecutivo.

En el caso de la "gestión interesada" y en un amplio análisis, señalamos que la Ley de Contratación Administrativa es una ley marco, que regula el procedimiento a seguir (licitación pública) y la posibilidad de utilizar otros tipos contractuales, de donde, en paridad de razón, debemos entonces concluir que el control legislativo previsto en el artículo 140 inciso 19) ya fue satisfecho. Aquí no sólo se regula el procedimiento de contratación en sí, sino que la prestación de servicios aeronáuticos se encuentra también normada por ley (Ley General de Aviación Civil) aspecto que sin lugar a duda refuerza el control parlamentario.

2. La gestión interesada es una modalidad contractual, a través de la cual la Administración Pública explota los servicios y construye las obras necesarias, sirviéndose de un gestor, a quien se retribuye con una participación en los ingresos. Además, quien responde ante el usuario es la Administración, como titular del servicio, sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda incurrir el gestor.

Confrontada la gestión interesada con las limitantes señaladas en el artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política, determinamos que no conlleva enajenación, arrendamiento, ni gravamen, luego se ajusta a lo dispuesto en el texto constitucional, manteniendo el Estado el control respectivo.

3. En cuanto a los servicios a cargo del gestor, en el cartel de la Licitación Pública Internacional 1-98 (gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría) se dispone:

"I.G. AREA DE GESTION / El objeto de la gestión comprende todos los terrenos, vías de acceso e instalaciones que conforman el AIJS y que se utilizan para prestar los servicios del aeropuerto definidos en el capítulo III de las presuntas bases y para el desarrollo del Plan Maestro vigente y que constituyen propiedad pública. / Se excluyen expresamente las siguientes instalaciones: / • Torre de Control / • Instalaciones de Recope / • Bodegas del IMAS [...] III.A.1 SERVICIOS AERONAUTICOS DE OPERACIÓN A SER PRESTADOS POR EL GESTOR [...] 8. Proveer servicios de seguridad en apoyo a los servicios de la fuerza pública según la Sección III.E.5 Seguridad Complementaria. [...] III.A.2 FUNCIONES AERONAUTICAS QUE SEGUIRAN SIENDO BRINDADAS POR EL CETAC Y LA DGAC / Los siguientes servicios seguirán a cargo de la DGAC. El Gestor no prestará directa ni indirectamente estos servicios; sin embargo, deberá coordinar y cooperar con la DGAC para garantizar la eficiente y segura prestación de los mismos: / 1. Control de Tráfico Aéreo y Comunicaciones [...] 2. Servicios de Información Aeronáutica (AIS) / 3. Servicio de Tráfico Aéreo (ATS) / 4. Ayudas de Navegación / 5. Aeronavegabilidad / 6. Control de operaciones aeronáuticas (otorgamiento de licencias, permisos, etc.) [...] III.A.3 SERVICIOS EN EL CAMPO AEREO QUE SEGUIRAN SIENDO PRESTADOS POR DEPENDENCIAS PUBLICAS / Los servicios contemplados en esta sección serán prestados por las autoridades legalmente competentes para ello. El Gestor no prestará estos servicios directa ni indirectamente; sin embargo, deberá coordinar, cooperar y facilitar el desarrollo de estas operaciones (de acuerdo con el Anexo 9 de la OACI), con el propósito de garantizar la eficiente y segura ejecución de estas funciones. [...] 2. Seguridad. Ministerio de Seguridad Pública [...] 8. Cualquier otro que la ley establezca que deba ser prestado por una dependencia pública. [...] III.B.2 FUNCIONES QUE SEGUIRA EJERCIENDO EL CETAC / El Consejo Técnico de Aviación Civil retendrá la potestad de otorgar las concesiones, certificados de

explotación y los permisos provisionales para las actividades aeronáuticas descritas en la Ley General de Aviación Civil, para lo cual cumplirá con los procedimientos establecidos en el Anexo No.1. [...] III.B.3. SERVICIOS DE LA TERMINAL QUE SEGUIRAN SIENDO PRESTADOS POR DEPENDENCIAS PUBLICAS / Los siguientes servicios seguirán siendo prestados por las autoridades legalmente competentes. El Gestor no prestará estos servicios directa ni indirectamente; sin embargo, deberá coordinar, cooperar y facilitar el desarrollo de estas operaciones [...] 1. Servicios de Seguridad y Control de Drogas - Ministerio de Seguridad Pública [...] 3. Control de Aduanas - Ministerio de Hacienda / 4. Servicios de Migración - Ministerio de Gobernación [...] IV.F. REGULACION DE LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS / IV.F.1 RESPONSABILIDADES Y OBLIGACIONES DE LA ARESEP / La ARESEP tiene la potestad de fijar las tarifas aplicables por la prestación de servicios aeronáuticos. También tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima de dichos servicios. Consecuentemente, el gestor deberá someterse a los procedimientos de evaluación de la calidad del servicio que establezca la ARESEP. [...]” (ver cartel en el expediente administrativo).

I. En conclusión y con fundamento en lo anterior, es nuestro criterio que el contrato de gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría no compromete la competencia constitucional de esa Asamblea Legislativa, en punto a la aprobación de los contratos administrativos, por cuanto el contrato en cuestión no afecta las facultades de imperio reservadas a la Administración para la prestación del servicio aeronáutico, ni traslada la titularidad de ese servicio al gestor público, quien técnicamente constituye un colaborador de la Administración.

II. Las labores relacionadas con la materia de seguridad aeroportuaria, control aduanero, fijación de tarifas, etcétera estarán a cargo de las dependencias públicas respectivas, no del gestor. En ese sentido, cabe señalar que los consultantes solicitan excluir del contrato actividades relacionadas con el “control aduanero, seguridad aeroportuaria, y cobro de impuestos” sin mencionar el sustento cartelario o contractual de esa premisa, sea de la presunción de que esas actividades estarán a cargo del gestor. Por consiguiente y aún cuando esta Contraloría General no interviene en el proceso de redacción del contrato respectivo

(responsabilidad exclusiva de las partes) desestimamos la solicitud, por no estar acreditado que las funciones antes comentadas vayan a ser trasladadas al gestor y desprenderse del cartel todo lo contrario.

III. Contestes con el punto anterior, desestimamos también la solicitud tendiente a que se elimine de la concepción de la obra, el cierre futuro del aeropuerto, toda vez que se trata de una variable cuyo fundamento desconocemos, no discutida por ninguna de las partes, al atender esta Oficina los recursos de apelación formulados en contra del acto de adjudicación dictado por el Consejo Técnico de Aviación Civil, en la Licitación Pública Internacional 1-98.

Atentamente,

Lic. Manuel Martínez Sequeira
Gerente de División

b) La Gestión interesada no supone un traspaso en la titularidad de los bienes involucrados.

[CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁸

30 de setiembre, 2002

DAGJ-1603-2002

Licenciado
Marcelo Prietto Jiménez

Alcalde Municipal

MUNICIPALIDAD DE ALAJUELA

Estimado señor:

Asunto: Consulta legal sobre la posibilidad que la Municipalidad de Alajuela exija al gestor del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría la obtención de una patente municipal comercial y el pago del impuesto correspondiente.

Nos referimos a su oficio N° 0157-E-2002 de fecha 22 de mayo del año 2002, recibido el día 24 siguiente, mediante el que nos solicita emitir un criterio legal sobre la validez de la posibilidad que el ente municipal, al amparo del principio constitucional de autonomía municipal y de las disposiciones del Código Municipal y la Ley N° 8236 del 2 de abril del año 2002, Ley de Impuestos municipales del cantón de Alajuela, exija a la empresa gestora del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría (AIJS) la obtención de una patente municipal comercial y el pago del impuesto correspondiente.

I. Planteamiento de la consulta.

Según refiere la nota de consulta, de conformidad con las disposiciones del Código Municipal, la Ley N° 8236, el Contrato de Gestión Interesada y el Decreto Ejecutivo MOPT 6801-98, Reglamento para los contratos de gestión interesada en los servicios aeroportuarios, resulta válido que la Municipalidad de Alajuela exija al gestor del AIJS la obtención de una licencia municipal comercial y el pago del impuesto correspondiente.

Se indica además que la empresa gestora realiza una actividad lucrativa en el AIJS, -el cual se ubica en su totalidad en el

cantón de Alajuela-, en la que participa de los riesgos y beneficios que se generen como consecuencia de dicha actividad, motivo por el cual se afirma que la obtención de la licencia municipal y el pago del impuesto correspondiente, legitimarían la actividad comercial lucrativa que lleva a cabo la empresa.

En este sentido la Dirección de Asesoría Legal del ente municipal considera que es a esta Contraloría General de la República y no a la Procuraduría General de la República, a quien le compete emitir un criterio definitivo sobre el punto, por tratarse de un tema de ingresos municipales y por ende materia relacionada con la Hacienda Pública.

De igual forma se nos llama a emitir un criterio interpretativo respecto del sentido y los alcances del contrato administrativo suscrito entre el Estado y el gestor interesado, y determinar si dicho contrato aparejó una transferencia de competencias y beneficios del Estado en favor de un particular, pese a la ausencia de una ley que así lo dispusiera.

Lo anterior demanda analizar la figura de la gestión interesada con el objeto de clarificar las atribuciones y funciones del Estado y del gestor dentro de ésta forma particular de contratación administrativa, y la naturaleza de la competencia consultiva de este Órgano Contralor y su aplicación con relación a los temas y aspectos consultados.

II. Sobre la figura de la gestión interesada.

La gestión interesada es un tipo contractual incluido dentro de lo que se denomina la gestión indirecta de los servicios públicos, en la cual el Estado lleva a cabo la explotación de determinado servicio bajo su propio riesgo, aunque sirviéndose de un gestor al cual retribuye mediante lo que puede definirse como una "participación".

Tal y como lo ha reconocido la Sala Constitucional, esta gestión indirecta de servicios públicos no se agota en la gestión

interesada, motivo por el cual es posible el surgimiento y la implementación de distintas modalidades o tipos contractuales a través de los cuales se asegure la efectiva satisfacción del interés público y los principios que lo informan, en el entendido claro está, que la formalización de este tipo de acuerdos contractuales debe ajustarse a las normas, principios y requisitos constitucionales que resultan aplicables.

Respecto de la definición de la gestión interesada, conviene mencionar el concepto que de dicha figura contiene el artículo 2 del "Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios" (Decreto Ejecutivo 26801-MOPT), el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 2º- Definición.

El contrato de gestión interesada es la figura contractual mediante la cual la Administración Pública contratante explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión, sin menoscabo de la posibilidad de asegurar un pago mínimo al contratista. Los ingresos que serán considerados para la retribución del gestor serán determinados en el respectivo cartel." (se agregó el subrayado)

Esto significa que en la gestión interesada, la propia Administración es quien explota un servicio y para ello contrata a un gestor a quien le asigna la realización de determinadas obras, a cambio de una retribución, vinculada a los resultados de aquella explotación.

Interesa señalar además que la implementación de ésta figura no conlleva un traslado en la titularidad en el dominio del Estado respecto del servicio que se explota, pues lo contrario significaría el surgimiento de un vicio de inconstitucionalidad en la figura, en la medida que el traslado de aquella titularidad violentaría el contenido esencial del inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política, el cual establece que bienes públicos, como aeropuertos, no podrán salir del dominio y control del Estado, ni ser enajenados, gravados, ni arrendados.

Sobre el punto este Órgano Contralor señaló en el oficio N° 013422 (374-CO) de fecha 24 de noviembre de 1998 lo siguiente:

"(...) que por no ser coincidente la gestión interesada con las figuras de la enajenación, el arrendamiento, y el gravamen no presenta en la especie roce alguno con las limitaciones que la Constitución Política contempla respecto a la contratación de ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales en uso."

En concordancia con lo anterior y en el caso concreto del AIJS, la formalización del denominado "Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría", no implicó un traspaso de la titularidad del Estado, representado por el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC), sobre dicho aeropuerto en favor del gestor interesado, motivo por el cual no es válido afirmar que éste se encuentra ahora en manos privadas.

Al respecto importa tener presente el contenido del artículo 2.3 del contrato antes relacionado, el cual establece expresamente que el CETAC es y sigue siendo el dueño del AIJS. Dice la norma:

"2.3. Titularidad

El CETAC es y será en todo momento el dueño del Aeropuerto de todas las Mejoras. El Gestor actuará como un contratista independiente contratado para el desempeño seguro y experto de los Servicios del Gestor." (se agregó el subrayado)

De igual forma el "Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los servicios Aeroportuarios" norma en sus artículos 11 y 12 de la siguiente manera:

"Artículo 11°- Titularidad de los servicios

La Administración contratante mantendrá, en todo momento, la titularidad de los servicios contratados y responderá ante terceros por la operación propia de la actividad, sin perjuicio de la responsabilidad contractual en que incurra la empresa gestora por incumplimiento de sus obligaciones." (se agregó el subrayado)

“Artículo 13°-Limitaciones del contrato de gestión interesada.

El contrato de gestión interesada ni implica traspaso alguno de las instalaciones, mejoras, derechos de la Administración a favor del gestor. Tampoco conlleva, en modo alguno, la venta del aeropuerto, ni su arrendamiento, ni la imposición de gravámenes sobre él.” (se agregó el subrayado)

Finalmente resta señalar que la participación del contratista en los riesgos y en los beneficios de la explotación del servicio, no implica una “titularidad compartida” respecto de éste servicio, ni en los términos expuestos un arrendamiento, enajenación, o la constitución de un gravamen sobre el mismo, de manera tal que el artículo 7 de citado reglamento debe ser correctamente entendido en este sentido. Dice la norma:

“Artículo 7. Participación en los riesgos y beneficios.

En el contrato de gestión interesada, la Administración contratante y la gestora participarán en los resultados de la explotación, es decir, de sus riesgos y de sus beneficios, en los términos que se establezcan en el respectivo cartel y en el contrato.”

III.Sobre la competencia consultiva de este Órgano Contralor.

El artículo 29 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N° 7428) otorga al Órgano Contralor la competencia para evacuar las consultas que le formulen órganos parlamentarios, los sujetos pasivos de su labor de control y fiscalización, e incluso de sujetos privados en la medida que éstos sean custodios o administradores de actividades o fondos públicos.

Ahora bien las consultas que se formulen a esta Contraloría General que impliquen un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza jurídica, deben cumplir con los requisitos que establece la circular N° CO-529 de fecha 26 de mayo del año 2000, publicada en el diario oficial La Gaceta N° 17 de fecha 5 de junio del año 2000, denominada “Circular sobre la atención de consultas

dirigidas a la Contraloría General de la República”.

En esta norma se exigen ciertos requisitos que las consultas deben cumplir para poder ser evacuadas, dentro los que destaca el hecho de estar referidas a aspectos que involucren de alguna manera el manejo de fondos públicos, y siempre que no traten de situaciones concretas que deben ser resueltas por el ente o la institución consultante.

En el caso de marras se nos solicita, ahora, un criterio legal respecto a sí el gestor interesado del AIJS es o no un sujeto pasivo de la obligación tributaria contenida en una norma legal, y un pronunciamiento en torno a sí el contrato administrativo de gestión interesada suscrito por el Estado tiene la trascendencia de constituir una transferencia de competencias y beneficios en favor de un particular pese a la ausencia de una ley que así lo dispusiera, extremos que escapan a la competencia de este Órgano Contralor.

Sobre el punto interesa señalar que esta Contraloría General carece de competencia para definir en un caso concreto la aplicación de una norma legal a un sujeto determinado, de ahí que en caso de que el ente municipal así lo considere, deberá dirigir su consulta a la Procuraduría General de la República, la cual posee la competencia legal necesaria y suficiente para ello.

De igual manera, en lo que respecta a los cuestionamientos de constitucionalidad del contrato de gestión interesada manifestados en su consulta, esta Contraloría General es incompetente para emitir un criterio definitivo y último sobre la constitucionalidad de dicho contrato, aspecto que en todo caso ya ha sido valorado por parte de la Sala Constitucional en diferentes oportunidades.

IV. Conclusiones.

a) De conformidad con el “Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios” (Decreto Ejecutivo 26801-MOPT) y el “Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan

Santamaría", la contratación del gestor interesado no implicó un traspaso de la titularidad del Estado sobre dicho aeropuerto.

b) Esta Contraloría General carece de competencia legal necesaria y suficiente para determinar si el gestor interesado es sujeto pasivo de las obligaciones contenidas en el Código Municipal y la Ley N° 8236 del 2 de abril del año 2002.

c) Sobre el arbitraje en caso de Gestión interesada del Aeropuerto Juan Santamaría.

[SALA CONSTITUCIONAL]⁹

Exp: N° 04-010223-0007-CO

Res: N° 2005-015095

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas con un minuto del dos de noviembre del dos mil cinco.-

Acción de inconstitucionalidad promovida por JOSÉ MIGUEL CORRALES BOLAÑOS, mayor, casado, cédula número 3-135-095 y HUMBERTO ARCE SALAS, mayor, cédula de identidad número 2-321-973, en su condición de Diputados de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica para el período constitucional del 2002 al 2006; contra la cláusula 23.3 -Arbitraje- del Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, firmado entre el Consejo Técnico de Aviación Civil y la empresa Gestión Aeroportuaria AGI de Costa Rica, Sociedad Anónima.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las diez horas veinte minutos del catorce de octubre del dos mil cuatro, los accionantes solicitan la declaratoria de inconstitucionalidad de la cláusula 23.3 -Arbitraje- del Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, firmado entre el Consejo Técnico de

Aviación Civil y la empresa Gestión Aeroportuaria AGI de Costa Rica, Sociedad Anónima, que posibilita a las partes suscribientes del contrato acudir de manera genérica al procedimiento alterno de arbitraje, y que en atención a la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República -Dictámenes C-0114-92 y C-111-2001 y Opiniones Jurídicas OJ-037-2003- y OJ-080-2004-, los sujetos del Derecho Público sólo pueden someter sus controversias al procedimiento alterno del arbitraje cuando sean de naturaleza patrimonial disponible, previa aprobación del Consejo de Gobierno, excluyéndose del mismo los conflictos de orden no patrimonial y que impliquen el ejercicio de potestades de imperio, que en virtud del artículo 66b de la Ley General de la Administración Pública son irrenunciables, intransmitibles e imprescriptibles y que, directa o indirectamente impliquen "asuntos de Derecho Público", entendiéndose por tales " toda regulación que involucre los institutos específicos regulados por el Derecho Público en sí mismo considerados, sean potestades, servicios o bien el dominio público. etc., y la ejecución de regulación correspondiente en la medida en que exceda el aspecto puramente patrimonial "; lo cual obviamente comprende el ámbito de los contratos administrativos. De suerte, que estiman que bajo ningún supuesto puede posibilitarse el recurrir al procedimiento de arbitraje en los asuntos o problemas que deriven de los contratos administrativos, por infringir directamente los artículos 43 y 49 constitucionales, en tanto se delega en un tercero (árbitro) la decisión de un asunto propio del Derecho Público, para lo cual está dispuesta la jurisdicción contenciosa administrativa; así como los artículos 46 y 50 también constitucionales, en tanto excluyen la posibilidad de participar a los usuarios de los servicios aeroportuarios del aeropuerto internacional Juan Santamaría.

2.- A efecto de fundamentar la legitimación que ostentan para accionar en esta vía, los accionantes alegan la inexistencia de lesión individual y directa, por estarse en presencia de intereses que se relacionan con la colectividad en su conjunto, en tanto el interés de la colectividad se ve afectado en su condición de usuarios y contribuyentes, ya que las actuaciones del gestor inciden directamente en la elevación de tributos y tarifas, con afectación directa de los usuarios de ese centro de embarque internacional.

3.- El párrafo primero del artículo 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a la Sala a rechazar de plano en cualquier momento procesal, incluso desde su presentación, las gestiones que

se formulen ante ella que resulten manifiestamente improcedentes o infundadas.

Redacta el Magistrado Solano Carrera ; y,

Considerando:

I.- LEGITIMACIÓN. Los accionantes señalan que la legitimación para accionar en esta vía deriva de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por tratarse de la defensa de intereses difusos. Considera esta Sala que efectivamente los accionantes se encuentran legitimados para cuestionar la cláusula 23.3 -Arbitraje- del Contrato de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios prestados en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, firmado entre el Consejo Técnico de Aviación Civil y la empresa Gestión Aeroportuaría AGI de Costa Rica, Sociedad Anónima, no obstante que no hay un asunto previo de resolver en los tribunales de justicia o en la sede administrativa -en los términos establecidos en el párrafo primero del citado artículo 75-, por la existencia de intereses difusos, precisamente en virtud de la materia de que se trata, la contratación administrativa, y en consecuencia, el efectivo y correcto control de los recursos financieros del Estado, control que es un asunto de orden público, según lo ha considerado con anterioridad este Tribunal (sentencias número 2864-92, de las quince horas del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos; número 0998-98, de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho; número 2000-03027, de las nueve horas tres minutos del catorce de abril del dos mil y número 2005-08935, de las quince horas del seis de julio del dos mil cinco)

II.- DE LA INADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN POR IMPROCEDENCIA DEL OBJETO. No obstante, la acción es inadmisibile por improcedente, en tanto los accionantes pretenden que se declare inconstitucional la posibilidad de acudir a mecanismos alternos de resolución de conflictos para los sujetos de Derecho Público, por tratarse " directa o indirectamente de asuntos regulados por el Derecho Público. " En primer término debe hacerse notar que esta pretensión, escapa del contenido de la contratación en cuestión, que se refiere a una de las facultades que la propia Constitución Política -en su numeral 43- tiene reconocida, de manera genérica, tanto para particulares como para sujetos de derecho público, en

tanto se reconoce respecto de " toda persona" a fin de que puedan " terminar sus diferencias patrimoniales, por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente ", esto es, a recurrir a formas alternativas para arreglar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, como lo son el diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación el arbitraje y otras técnicas similares. Así, la única condición o limitación que se establece lo es que se trate de asuntos patrimoniales disponibles, lo cual implica que no resulta posible la aplicación de este mecanismo cuando implique o comprometa el ejercicio de potestades de imperio. En este sentido es importante resaltar que la cláusula impugnada no tiene el contenido que alegan los accionantes, en tanto en modo alguno faculta acudir al arbitraje ni para disponer ni comprometer potestades de imperio, ni tampoco para disponer del aeropuerto en su condición de bien demanial, toda vez que se establece únicamente para " resolver las controversias que se produzcan con motivo de la interpretación, aplicación, ejecución " del contrato suscrito, según lo dispone la cláusula 23.2.1 de esta negociación. Así, debe tenerse claro que no resulta posible acudir al arbitraje para definir la fijación de tarifas aeroportuarias, en tanto por mandato legal -artículos 2 y 10 incisos 4), 9), 11), 12) de la Ley General de Aviación Civil- es una competencia delegada al Consejo Técnico de Aviación Civil, para su posterior aprobación por parte del Poder Ejecutivo.

Por tanto:

Se rechaza por el fondo la acción.

FUENTES CITADAS

- 1 ROMERO PÉREZ, Jorge. Contrato de Gestión Interesada. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 89. San José, C.R. Enero-abril 2000. pp 93-96.
- 2 CARRO AGUILAR, Ana. El principio de mantenimiento del contrato frente a la Resolución contractual en la Aplicación e interpretación de los contratos administrativos de Inversión Privada e Infraestructura y Servicios Públicos. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. 2007. pp 73-75.
- 3 BADILLA VILLANUEVA, Ana. La licitación internacional 1-98: Contrato de Gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto. N°93. San José, C.R. Set-dic. 2000. pp 85-88.
- 4 SEGURA SALAZAR, Elena. Régimen Jurídico del contrato de gestión Interesada, el caso de los servicios Aeroportuarios. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. 2000. pp 98-101.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley de Contratación Administrativa. Ley : 7494 del 02/05/1995. Fecha de vigencia desde: 08/06/1995
- 6 PODER EJECUTIVO. Reglamento Contratos Gestión Interesada Servicios Aeroportuarios Decreto Ejecutivo: 26801 del 19/03/1998. Fecha de vigencia desde: 31/03/1998
- 7 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficio Oficio 14593 del 20 de diciembre de 1999 (DAGJ-614-99).
- 8 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Oficio N° 11698 del 30 de setiembre de 2002 (DAGJ-1603-2002).
- 9 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución: N° 2005-015095. San José, a las quince horas con un minuto del dos de noviembre del dos mil cinco.