



Informe de Investigación

TÍTULO: CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y DE SERVICIOS

Rama del Derecho: Derecho Administrativo	Descriptor: Concesión de Obra Pública y de Servicios
Tipo de investigación:	Palabras clave: Concesión, Obra Pública, Servicio Público
Fuentes: Doctrina y Normativa	Fecha de elaboración: 26/11/2010

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN	1
2. DOCTRINA	1
a) Contratos de concesión de obra pública y servicio público.....	1
b) Función fiscalizadora del Consejo Nacional de Concesiones.....	7
c) Finalidad de la fiscalización.....	9
d) Precisiones sobre los mecanismos indemnizatorios contractuales.....	11
3. NORMATIVA	14
a) Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.....	14

1. RESUMEN

La presente recopilación incorpora normativa y doctrina acerca del contrato de concesión de obra pública y servicio público. Se aborda su concepto y principales características, así como los mecanismos fiscalizadores e indemnizatorios existentes en este tipo de contratación administrativa.



2. DOCTRINA

a) Contratos de concesión de obra pública y servicio público

[SARMIENTO GARCÍA, J.]¹

“1) Para realizar una obra pública valiéndose de la colaboración de terceros, el Estado puede recurrir al contrato de obra pública o a la concesión de obra pública.

La diferencia esencial entre estas dos figuras jurídicas está dada por la forma de remuneración del contratista:

a) En el contrato de obra pública el contratista ejecuta la obra y percibe el precio de la entidad estatal, siendo "res inter alios" para los administrados. Su objeto es simplemente construir una obra pública por cuenta de la administración; es similar al contrato de construcción del derecho privado, y si la obra luego de construida se destina a un servicio público, nada tiene que ver con éste.

b) En la concesión de obra pública el contratista que ha ejecutado la obra no es remunerado por la entidad estatal, sino por ciertos administrados mediante sistemas como el peaje o la contribución de mejoras; se trata, entonces, de un contrato que produce efectos con relación a terceros.

En definitiva, la 'concesión de obra pública no es otra cosa que un contrato de obra pública donde el contratista es remunerado en una forma particular: no por la entidad estatal con la que contrató, sino por ciertos administrados, mediante el peaje o contribuciones especiales.

2) Señalaba Rafael Bielsa las siguientes diferencias sustanciales entre la concesión de servicios públicos y de obras públicas:

a) La primera supone necesariamente la gestión de un servicio público considerado en su unidad orgánica, mientras que en la segunda el objeto no es el servicio público sino una obra pública.

b) Mientras en la concesión de obra pública el elemento más importante es la "construcción" de la obra, en la de servicios públicos es la "explotación" de un servicio por el concesionario.

"No debe confundirse el servicio público concedido con la construcción de una obra pública por el sistema de la concesión. En ambos casos existe una concesión, pero difiere una de la otra en que en la concesión de un servicio público lo que se concede es la prestación o ejecución del servicio mismo, como objeto único, esencial e integral. Mientras que en la concesión de una obra pública, el objeto esencial es la construcción de la obra pública, v. gr., un camino, un puente, un puerto, etc., concediéndole al constructor de ella el derecho a

percibir, durante un término de tiempo determinado, de los usuarios de esa obra pública, un canon o tarifa determinada, fijada de común acuerdo por ambas partes contratantes, como pago de la obra pública realizada. Se observa que en la concesión de un servicio público, v. gr., de ferrocarriles, de teléfonos, de telégrafos, de trasportes, de energía eléctrica, de gas, etc., el objeto de la prestación es el servicio mismo, no obstante que deban hacerse construcciones diversas para el funcionamiento de dichos servicios, tales como terraplenes, vías ferroviarias, barreras, puentes, estaciones, edificios, trazado de las instalaciones telegráficas o telefónicas aéreas, subterráneas, subacuáticas, o inalámbricas, o por el sistema de comunicaciones vía satélite, etc., que si bien forma parte del patrimonio de la empresa concesionaria, constituye un medio para la prestación del servicio... En cambio, en el sistema de la concesión de obra pública la construcción de la obra es el elemento u objeto esencial del contrato ...".

3) En orden a precisar las diferencias entre la concesión de obra, la de obra y servicios y la de servicios, suele decirse que la primera es un contrato en virtud del cual la administración encarga a un particular la ejecución de una obra pública, la que es costeada por los usuarios, y que la concesión de obra y servicios surge a mediados del siglo XIX, como fórmula que permite confiar a un particular la ejecución de una obra pública retribuyendo al constructor con la explotación del servicio en el período que se establece —en principio, nunca mayor de 99 años—, durante el cual podrá percibir aquél de los usuarios la tasa estipulada en la tarifa que previamente se fije, pasando la obra, terminado dicho plazo, a la plena propiedad y disfrute de la administración concedente; y que fue al comienzo del siglo XX, cuando Duguit —que inicia su famosa teoría del servicio público como base exclusiva de todo el derecho administrativo francés, en el que esa doctrina ejerció una necesaria y notoria influencia sobre el concepto de concesión— destacaba que la nota distintiva de la concesión de obra y la de obra y servicio estribaba en que la importancia de la obra pública en la segunda pasa a un plano secundario, imponiéndose fundamentalmente la idea del servicio, lo que traería, en la doctrina francesa y española posterior, una consecuencia ineludible: la necesidad de admitir la existencia de concesiones de servicios en las que el concesionario no haya sido previamente constructor (arrét Thérond, del 4/3/1910; arrét Sasse, del 16/12/1921 y arrét Gheusi, del 27/7/1923).

4) De conformidad con lo hasta ahora expuesto, es por ejemplo una concesión de servicios públicos la de aeropuertos, sobre la que diremos dos palabras en orden a ejemplificar en torno de bases de contratación.

Aclarando que "Aquí no se tratan los cuestionamientos de constitucionalidad de los decretos impulsados por legisladores de la oposición y que se discutieron en la Corte Suprema de la Nación. Se cuestionó la facultad del PEN para proceder a la privatización pero no el esquema mismo de la concesión", escribe sobre



aeropuertos Miguel Angel Aguerre: "... el Gobierno deja constituida una red nacional de aeropuertos y aeródromos regulada por un organismo específico. La red está abierta a incorporaciones, por ello no es definitivamente de numerus clausus. Simultáneamente, llama a licitación pública nacional e internacional para conceder a título oneroso y a largo plazo la prestación del servicio de un único conjunto seleccionado de aeropuertos. En ese conjunto hay aeroestaciones en diferentes dominios: nacional, provincial, municipal, mixto y privado. Se procura la modernización del sistema —sin aportes del sector público— atrayendo capitales y gerenciamiento del sector privado. El conjunto operativo de la concesión se selecciona asegurando la mayor dispersión territorial posible con factibilidad económica y financiera global. La ecuación económica del contrato administrativo radica en la posibilidad de compensar la baja rentabilidad de muchas unidades con los excelentes resultados de pocas unidades de alta rentabilidad. Los grupos empresarios compiten sobre la base de dos prerequisites. Hacia el pasado, tienen que demostrar la solvencia de su gestión patrimonial, financiera y técnica. Hacia el futuro, tienen que ofertar y comprometer un Plan de Inversiones y un Plan Comercial. La adjudicación se decide por el canon ofrecido. Con los fondos provenientes del canon que debe pagar el Concesionario durante la vigencia del contrato, el Estado nacional financia la modernización del resto de las unidades incluidas en la red. Las mismas fueron elegidas por criterios de política institucional y aerocomercial: se incluyen aeropuertos emplazados en las capitales de provincia y los de mayor volumen de transporte. Esto le permite al Estado nacional hacer una transferencia de ingresos de la concesión al resto de la red básica y financiar unidades deficitarias con unidades superavitarias. Queda establecido, en definitiva, un esquema de participación del capital privado sobre una base del sector aeroportuario que difunde los beneficios de sus resultados hacia el resto que sigue en manos del Estado. Con la aprobación por parte del PEN del Contrato de Concesión entra en vigencia un sistema regulatorio global para esos aeropuertos y para la prestación de servicios aeroportuarios por parte de un agente privado. Los elementos fundamentales del esquema elegido por el PEN son: la concesión por treinta años, la estructura tarifaria obligatoria, un plan de inversiones comprometido, el canon comprometido, la figura del Experto Técnico, y los seguros obligatorios. En nuevo esquema tiene dos finalidades rectoras: desde el punto de vista geopolítico tiende a la mayor cobertura geográfica nacional posible y respecto de los aspectos técnico - económicos del sector tiende a mejorar la seguridad y la eficiencia del transporte aerocomercial de pasajeros, equipajes, cargas, correo y trabajo aéreo en cualquiera de sus especialidades. El nuevo esquema articula actividades económicas competitivas de diferente forma: para el transporte aéreo se compete 'en' el mercado, y para los servicios aeroportuarios se compete 'por' el mercado siendo su naturaleza monopólica".



5) Resulta obvio que tampoco debe la concesión de servicios públicos confundirse con ciertos contratos de locación de obra o de servicios que puede celebrar una entidad estatal y cuyo objeto no es la ejecución de un servicio público, como la contrata con un estudio jurídico para la confección de un pliego de bases y condiciones para una licitación.

6) La concesión de servicios "pura". Comentando un fallo de la sala D de la Cám. Nac. Com., Guillermo E. Fanelli Evans ha efectuado las siguientes consideraciones.

El vocablo "concesión" hace referencia a disímiles contratos, no sólo en el derecho privado y el público, sino aún dentro de éste, resultando interesante contrastar sus diversas acepciones para una mejor delimitación de las distintas características de los contratos que se amparan bajo aquella idéntica denominación.

El contrato de concesión (de venta de automotores en el caso comentado), medio de canalizar la producción hacia el consumidor, es un contrato atípico que participa de muchas figuras jurídicas comerciales, pero sin ser asimilable totalmente a ninguna de ellas.

Aquí encuentra Fanelli Evans una primera diferencia respecto del derecho público, en el que tanto la concesión de obra pública como en principio la de servicios públicos son típicos. Y dice "en principio", por su opinión en el sentido de que cabe distinguir entre la concesión de servicios "pura" y aquella en la que además se le exige al concesionario la realización de una o más obras públicas en bienes del concedente.

Una concesión de servicios "pura" es aquella en la que el particular desarrolla una mera actividad, siendo indiferente que lo haga con bienes propios o del concedente. Es el caso del transporte automotor de pasajeros, la recolección de residuos y, en fin, la sólo operación de un ferrocarril o subterráneo ya construido, por ejemplo.

Lo que es fundamental y decisivo es que no hay aquí inversión privada alguna que agrande el patrimonio público del concedente. Puede decirse que —reducido a las últimas consecuencias—, la sustancia de este contrato se limita a un aporte de gerenciamiento, de management, de know how, conocimiento práctico, por parte del particular, sea que éste se aplique sobre bienes propios (buses o camiones recolectores de basura) o del concedente (operación de un servicio de agua, de ferrocarril, etcétera).

Un conjunto de autobuses en una playa es sólo eso. Un ferrocarril inactivo es un conjunto de hierros. La diferencia entre ellos y un servicio público (en el caso, de transporte) es algo intangible. Lo que caracteriza al servicio público "puro" es una actividad humana que organiza esos bienes materiales, los pone en movimiento,

con arreglo a un marco jurídico. Para ello es necesario contratar personal idóneo, diseñar horarios, proveer al mantenimiento, tener en cuenta amortizaciones, calcular "tarifas, prever emergencias. En suma, gerenciarlo.

La situación difiere cuando el concedente público exige inversión privada para agrandar su propio patrimonio, como es el caso de que paralelamente con la prestación del servicio público, el concesionario deba realizar una o más obras públicas.

Aquí el régimen jurídico de este contrato cambia. Por comodidad en el lenguaje cotidiano se sigue hablando de concesión de servicio público. Pero no es idéntico al anteriormente caracterizado puesto que aquí el particular debe invertir dinero en bienes ajenos. Se complica así la cuestión tarifaria por el necesario recupero de la inversión, que deberá comprender bienes a enajenar, entendido ello en el sentido de bienes cuya propiedad no retendrá el particular. Paralelamente, también aumenta el riesgo del particular en la contratación con motivo de posibles terminaciones "ante tempus" del contrato, situación en la cual el particular se verá desposeído de lo invertido en bienes del concedente.

La demostración de la diferencia entre ambos tipos de concesiones de servicio público, puede efectuarse por la siguiente observación.

Las actividades "puras", aún constituyendo servicio público, no requieren indispensablemente concesión, pudiendo ser prestadas por medio de un mero "permiso" (en nuestro concepto y más precisamente, "licencia"). En cambio las que requieren inversión en bienes del concedente inexcusablemente requerirán concesión, ya que será imposible conseguir cocontratantes mediante la figura del mero permiso (o licencia), debido a su precariedad.

Esas inversiones en bienes del concedente no son obviamente "donaciones" que el particular realiza en beneficio del concedente. Su precio está incluido en la tarifa que está contractualmente autorizado a cobrar y consisten en la realización de una o más obras públicas. Se trata en consecuencia de un contrato atípico con elementos de ambos tipos de concesiones. En la prestación del servicio en sí, predominan las características de una concesión de servicios públicos (continuidad, regularidad, obligatoriedad, generalidad, uniformidad, etc.). Pero respecto de las obras exigidas, rigen las normas y principios de la concesión de obra pública, ya que se trata de la exigencia de una obra que el concedente no paga.

Realmente —continúa Fanelli Evans— pareciera que nos hallamos en presencia de un tercer tipo de contrato de concesión.

Por otra parte, las concesiones de obra y de servicios públicos no se asimilan al mandato. Sin embargo —agrega— es de reconocer que en la percepción de las

tarifas de parte de los usuarios, el concesionario actúa "por delegación" del concedente público, sobre todo en materia de servicios públicos para aquellos autores que sostienen la titularidad pública de los servicios.

En otro orden de ideas, señala Fanelli Evans que —y más claramente a partir de la reforma constitucional de 1994— existe relación entre cliente y usuario y concedente, sobre todo en materia de condiciones económicas del contrato de concesión celebrado y el deber de contralor del concesionario.

Destaca igualmente el comentarista del fallo que en derecho público el control del concedente sobre el concesionario es un derecho y un deber de la Administración, siendo esa atribución particularmente intensa en la concesión de servicios públicos, lo que no significa tomar injerencia en decisiones empresarias o gerenciales, pero sí que todas las cuestiones técnicas, económicas y jurídicas referidas a la concesión admiten el contralor del concedente.

Finaliza Fanelli Evans manifestando que en torno del adagio "res inter alios acta" es donde surgen todas las quizá más trascendentales diferencias entre las concesiones en derecho público y en derecho privado, pues el principio allí es exactamente el inverso.

Tanto la concesión de obra como la de servicios públicos, contratos celebrados entre la Administración concedente y un particular concesionario, es evidente producen efectos directos sobre los demás habitantes; y el contrato administrativo puede ser invocado por terceros en ciertos casos, mucho más frecuentes que en derecho privado."

b) Función fiscalizadora del Consejo Nacional de Concesiones

[MONTERO BARRANTES, M. Y ZAMORA GALLO K. S.]²

"A.3.2. División de Ejecución de Contratos: a esta unidad de trabajo le corresponde dirigir en sus diversas fases y trámites los actos concernientes a la contratación de servicios profesionales y de estudios especiales.

Una de las principales funciones que tiene, es el hecho de disponer de los escenarios correspondientes para autorizar el inicio de las etapas de construcción y de explotación, así como el cobro de los peajes o tasas en los diferentes proyectos que se desarrollen; de igual manera deberá establecer los mecanismos pertinentes para fiscalizar el flujo de ingresos que generará al Concesionario el cobro de los peajes o tarifas.

A la hora de la ejecución deben velar por que se cumpla con los distintos requisitos ya sean de tipo legal, técnico o administrativo que se constituyan en los proyectos de concesión y debe dar seguimiento, de manera adecuada y eficiente, a la labor en las obras, siempre velando por la calidad y el cumplimiento de las

especificaciones en material. Definitivamente, en este punto, se considera que realmente, además de velar por el cumplimiento de todos estos aspectos, se debe procurar un desarrollo y una ejecución eficiente y rápida de cada proyecto, pues se debe tener presente que el fin último de la concesión es la satisfacción de una necesidad y del interés social, que el Estado por sí sólo no puede llegar a cumplir, pero la existencia de la necesidad sigue existiendo y debe intentar satisfacerse de la manera más pronta posible.

Debe interesarse en coordinar lo pertinente para monitorear y evaluar la percepción del público usuario de los servicios concesionados y su calidad, además de velar por el fiel cumplimiento de las restricciones en cuanto a los aspectos ambientales, arqueológicos, geológicos, legales, económicos, financieros, administrativos y técnicos de cada proyecto en concesión. De todo lo actuado debe presentar, informes a la Secretaría Técnica del Consejo.

A su cargo se encuentran dos divisiones, para poder llevar a cabo las funciones descritas anteriormente entre otras más que tiene, las cuales son:

A.3.2.1. Unidad Supervisora de Construcción: Dicha unidad se encarga de realizar las siguientes funciones:

Supervisa e inspecciona en las diversas fases de la etapa constructiva de los diferentes proyectos que promueve el CNC, el grado de avance de las obras.

Debe verificar la calidad de los materiales utilizados y el apego a la normativa y procedimientos de tipo técnico, legal, ambiental y administrativos, previamente pactados entre el Concesionario y la Administración, en el contrato respectivo.

Se encarga de coordinar visitas a los lugares en donde se desarrollan las obras, a fin de constatar la correcta observancia de las disposiciones y obligaciones contraídas por el Concesionario, ante la Administración concedente.

Levanta un inventario de toda la infraestructura existente en el proyecto concesionado, una vez que la Administración concedente haya adjudicado un determinado proyecto, entre otras funciones.

A.3.2.2. Unidad Supervisora de Explotación: como su nombre lo indica esta unidad entra en acción en la etapa de explotación de la obra, supervisando a la misma, en este sentido, supervisa, controla y evalúa durante el proceso de explotación de la obra dada en concesión, por la fiel aplicación de todas aquellas cláusulas, condiciones, requisitos y obligaciones contenidas en el contrato de concesión.

En vista de que su labor principal es supervisar en esa etapa del proyecto -la explotación- deberá también:

Establecer y delimitar las condiciones técnicas, legales, ambientales y administrativas del caso para que el Concesionario inicie el proceso para poner en



funcionamiento la obra con sus servicios.

Debe autorizar lo necesario para que el Concesionario inicie el respectivo cobro de los peajes o tasas autorizadas a los usuarios.

Vigila que se cumpla con todas aquellas disposiciones contractuales relacionadas con el mantenimiento al que se obliga el Concesionario a darle al objeto de contratación durante el período fijado para la explotación de la obra.

Debe coordinar con otras dependencias como lo es el Fondo Nacional de Concesiones.

Realiza las acciones correspondientes para los procesos de cierre o finiquito del contrato de concesión, sea por expiración de éste o, bien, por haberse detectado incumplimiento de la relación establecida entre el Concesionario y la administración concedente.

Se pronuncia y participa activamente con respecto a normas, técnicas medioambientales y procedimientos técnicos que puedan servir para el diseño de planos para la construcción o rehabilitación de proyectos, así como realizar los estudios, diseños y demás trabajos necesarios para la formulación de un determinado proyecto.

Realiza investigaciones sobre normas, especificaciones y procedimientos más idóneos por aplicar en el ámbito de construcción.

Define la calidad de los materiales a utilizar y emitir las recomendaciones pertinentes en la materia.

Debe notarse que esta división de Ejecución de Contratos y sus dependencias, sin duda alguna tienen gran relevancia en Jo que son los procesos de concesión, ya que no sólo estamos en la parte práctica como lo es la construcción y explotación de la misma, sino que también deben velar y fiscalizar un desempeño correcto, óptimo y eficiente de los proyectos dados en concesión y el cumplimiento del respectivo contrato.”

c) Finalidad de la fiscalización

[RAMÍREZ LORÍA, I.]³

“La fiscalización ha sido incorporada en materia contractual como aquella facultad que tiene la Administración contratante de ejercer actos de control y vigilancia en la etapa de ejecución del contrato, que le permita de una forma más ágil lograr la satisfacción del interés general y la correcta utilización de los fondos públicos.

Tenemos que este poder de control y vigilancia ha sido en varias ocasiones tratado por la doctrina, en el tanto que ha sido definido como "...un poder que



existe de oficio en los contratos administrativos. La Administración dispone, a este respecto, de medios que sobrepasan i as facultades de vigilancia que los particulares pueden ejercer en sus relaciones contractuales. Es en este tanto la facultad que tiene la Administración de controlar la ejecución del contrato.

Para el Jurista Manuel María Diez, este poder puede abarcar cuatro vertientes:

- a) La material, referido a la verificación del cumplimiento de la obligación a su cargo, es decir, si cumple las prestaciones a su cargo.
- b) La técnica, para verificar el cumplimiento de las estipulaciones especificadas en el contrato.
- c) El financiero, referido al aspecto económico y presupuestario del contrato.
- d) El legal, para determinar si cumple con las prescripciones legales.

Con estos cuatro aspectos, el jurista nos establece los márgenes por los que transita la fiscalización administrativa, que abarca los diferentes matices del contrato, no simplemente se fiscaliza en la parte de cumplimiento material.

Para el jurista venezolano Gustavo Marín García, este poder de control y dirección que tiene la Administración Pública es una de las grandes potestades que se le otorga al sujeto público, consistiendo en "...la posibilidad de girar instrucciones al contratista, vigilar o inspeccionar la prestación del servicio o la realización de la obra, so pena de aplicar las sanciones que por tal incumplimiento pudieran establecerse..."

Sigue indicando el señor Marín García que "...cuando la administración controla y dirige no está haciendo otra cosa que velar por el beneficio del interés público ante un ciudadano que está cuidando sus propios beneficios..."

Es ese interés público el que justifica la existencia de prerrogativas o privilegios a la Administración Pública especialmente en materia contractual, a esto podemos señalar que las prerrogativas que ostenta la Administración en /as relaciones contractuales están dirigidas y justificadas en razón del interés público.

Es la búsqueda de la satisfacción del interés general en primer término la finalidad de la fiscalización; como se dijo en secciones anteriores es la necesidad social la que justifica la contratación administrativa, es ella la que genera la formación de voluntad de la Administración y en un final el acto o decisión de obtener por medio de terceros bienes y servicios que la propia Administración está imposibilitada de obtener por otro medio que no sea este.

Hemos dicho que es en razón del beneficio de la colectividad y la búsqueda de una buena Administración de lo Público que se contrata, también se ha indicado que la Administración como cualquier otro sujeto social no es autosuficiente y por

tanto necesita de terceras personas para lograr sus objetivos.

Las prerrogativas se le otorgan a la Administración en materia contractual precisamente por el interés público y es pues esta la finalidad de las mismas. Siendo el poder de fiscalización una prerrogativa su finalidad viene a ser entonces, la búsqueda de la satisfacción de este interés general.

El control y la dirección en el contrato administrativo y como a mencionado la doctrina, lo que busca es darle la potestad suficiente a la Administración para no desvincularse con el contrato mismo y en especial con su ejecución; ello debido a que si bien el cocontratante se transforma en un colaborador de la Administración quien en un final mantiene la obligación de cumplir con las necesidades sociales es la propia Administración.

Por medio de la fiscalización la Administración puede buscar la correcta ejecución y finalización del contrato, con ello logrando sus objetivos y la satisfacción de las necesidades sociales.”

d) Precisiones sobre los mecanismos indemnizatorios contractuales

[BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, R. y PEÑA MORENO, J.M.]⁴

“Este aparte debe iniciar con lo dispuesto específicamente para la garantía de cumplimiento. En este sentido, nada más basta remitirnos a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa, y en particular su numeral 32, que establece que la constitución de la garantía de cumplimiento constituye un elemento de validez del contrato administrativo; disposición que tampoco la normativa especial -entiéndase Leyes y Reglamentos de Concesión de Obra Pública- han rebatido a través de los años. Al efecto retomemos la cita respectiva y el numeral 34 párrafo primero del mismo texto legal:

"Artículo 32.- Validez, perfeccionamiento y formalización del contrato.

(...) 32.2. Se tendrá por perfeccionada la relación contractual entre la Administración y el contratista cuando el acto de adjudicación adquiera firmeza y, en los casos que se exija la constitución de garantía de cumplimiento, ésta sea válidamente otorgada." (El subrayado no es del original)

"Artículo 34.- Garantía de cumplimiento. La Administración exigirá una garantía de cumplimiento, entre un cinco por ciento (5%) y un diez por ciento (10%) del monto de la contratación. Este monto se definirá en el cartel o en el pliego de condiciones respectivo, de acuerdo con la complejidad del contrato, para asegurar el resarcimiento de cualquier daño eventual o perjuicio ocasionado por el adjudicatario.

(...)"(El subrayado no es del original)

Al efecto recordemos que la garantía de cumplimiento está dirigida a respaldar la ejecución de los contratos celebrados por la Administración Pública, y que debe estar vigente durante toda la ejecución de contrato. Tan es así que de verse obligada a ejecutarla - y siempre que no se dicte resolución contractual-, la Administración debe exigirle al contratista que ponga otra a disposición de ella y bajo los mismos términos que la constituida anteriormente.

De esta forma, la discusión respecto del carácter reglado o discrecional de inclusión recae por entero en la cláusula penal y la multa, pues no existe una norma general -entiéndase norma de la Ley de Contratación Administrativa- que señale la obligatoriedad señalada para la garantía de cumplimiento.

Según lo preceptuado por la normativa contractual administrativa que nos rige, tenemos que tanto la cláusula penal como son mecanismos de inclusión discrecional. Es decir que, la Administración en uso de sus facultades discrecionales y atendiendo a las especiales particularidades de las contrataciones resolverá en qué momento la inclusión de éstas resulta necesaria para la protección del interés público.

En efecto, a la hora de disponer la inclusión de estos extremos dentro del cartel licitatorio, la Administración debe tener en consideración varios factores, siendo de los más relevantes el monto del contrato y el plazo de entrega. Recordemos que un incumplimiento del contratista afectaría el interés público comprometido en la contratación.

Para mayor claridad, retomemos brevemente la naturaleza de las sanciones pecuniarias distintas a la garantía de cumplimiento -multa y cláusula penal-. La cláusula ha sido ideada para prever un perjuicio o daño ocasionado por la ejecución tardía o anticipada de la prestación, y opera como indemnización calculada sobre un porcentaje del monto total del contrato - que por ausencia de parámetros claros en el Derecho Público obliga la remisión al Derecho Privado-, según el cual este porcentaje no asciende a más de un veinticinco por ciento.

Por su parte, la multa está pensada como sanción pecuniaria ante el cumplimiento defectuoso de la prestación, calculado en los mismos términos de la cláusula penal.

Téngase presente además, que en principio ambas figuras son ejecutables sin la necesidad de constituir en mora al incumpliente, con lo que no es necesario abrir un procedimiento administrativo dirigido a declarar la ejecución de este mecanismo indemnizatorio.

Una vez que recordamos que la multa y cláusula penal son sanciones pecuniarias determinadas previamente en el cartel, cuyo único fin es garantizarle a la Administración la adecuada ejecución del contrato, conviene retomar lo que señala

la normativa en cuanto a su inclusión. En ese sentido téngase presente el numeral 34 de la Ley de Contratación Administrativa y el 36.3 de su Reglamento:

"Artículo 34.- Garantía de cumplimiento.

(...) La garantía se ejecutará hasta por el monto necesario para resarcir, a la Administración, los daños y perjuicios imputables al contratista. Cuando exista cláusula pena! por demora en la ejecución, la garantía no podrá ejecutarse con base en este motivo, salvo la negativa de! contratista para cancelar los montos correspondientes por ese concepto.

La ejecución de la garantía de cumplimiento no exime al contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que no cubre esa garantía." (El subrayado no es del original)

"(...) 36.3 Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño." (El subrayado no es del original)

En este sentido, debemos tener presente que si bien podría pensarse que la inclusión de tales mecanismos en todos los contratos Administrativos podría afectar los procesos de licitación, encareciendo la participación de los oferentes, también es cierto que el Estado tiene la obligación -vía mandato legal- de resguardar el interés general. Por lo tanto, debe prever y con ello instaurar mecanismos adecuados que le ayuden a obtener una correcta ejecución de lo pactado, constreñir al contratista a cumplir con la prestación, o en su defecto resarcirse por los daños y perjuicios que éste le ocasione con su incumplimiento.

Por nuestra parte, consideramos que hay ciertas contrataciones en las que dicha inclusión debiera ser obligatoria, y no una potestad discrecional de la Administración.

Ante la ausencia de normas que establezcan tajantemente lo que procede en cada caso, consideramos que las particularidades del contrato, y en especial las particularidades de la licitación y el interés público en juego - es decir la prestación concreta que se pide satisfacer- deberán en definitiva dictar si ello procede o no. Lo anterior, porque ante un eventual incumplimiento del contrato, dichos mecanismos le asegurarían de una manera más ágil la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Recordemos que las sanciones pecuniarias estudiadas son ejecutables en vía administrativa, y no obstan para acudir a la vía judicial a solicitar indemnización por daños y perjuicios en el caso de que la magnitud de los daños no haya podido



ser resarcida con la ejecución de estos mecanismos.

Ahora bien, con relación al análisis de los mecanismos dichos y los dos tipos de contrato estudiados, en principio fuimos del criterio que dada la naturaleza, importancia y escala de las obras que regulan la inclusión de los mismos no debía estar sujeta a discrecionalidad si se piensa en las consecuencias tan nefastas que acarrea el incumplimiento del contratista.

Si bien aclaramos que no todo contrato debe incluir una cláusula y/o una multa, siempre opinamos que en la construcción de obra y la concesión de obra pública ello era una previsión necesaria y más justificada.

Respecto la construcción de obra mantenemos dicha posición.

Sin embargo, nuestra opinión respecto de la concesión de obra pública en la actualidad carece de relevancia si tomamos en cuenta que la propia legislación -entiéndase el artículo 53 de la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicio Público- no da pie a discusión, pues claramente señala que respecto la cláusula penal tales disposiciones son obligatorias. Es una lástima, sin embargo, que expresamente no disponga lo mismo para la multa.

Por último, pero no por ello menos importante, queremos hacer énfasis en que, son muchos los factores que pueden influir para que un contrato administrativo devenga fallido. Uno de ellos -de los más importantes y evidente en el caso Bemontesa- es la falta de vigilancia y fiscalización de los proyectos por parte de la misma Administración, pues como vimos en la Sección II de este Capítulo de nada sirve que un contrato prevea mecanismos indemnizatorios redactadas en los mejores términos, si por ejemplo los mismos funcionarios encargados de velar por la correcta ejecución de las obras no actúan con la diligencia atinente a su cargo, y por el contrato, ocultan y hacen caso omiso de lo estipulado por los contratos, que se supone van dirigidos a la mejor y más completa satisfacción del interés público subyacente.”

3. NORMATIVA

a) Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos⁵

Artículo 15.-Derechos (*)

Son derechos de la Administración concedente:

- a) Modificar, por razones de interés público, las características de las obras



concesionadas y los servicios de la concesión.

- b) Acordar, respetando las reglas del debido proceso, el rescate de la concesión, cuando así lo impongan razones de interés público. En los casos de los incisos b), c) y d) del artículo 60.1, antes de entrar en posesión de la concesión rescatada, la administración concedente deberá indemnizar al concesionario, 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. (*)
- c) Los demás derechos comprendidos en esta ley o derivados del contrato de concesión.

(*) El inciso b) del presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.

Artículo 16.- Obligaciones (*)

Son obligaciones de la Administración concedente:

- 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 las 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, cuando 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 inciso f) del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.

(*) El inciso a) del presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.

Artículo 18.- Obligaciones generales (*)

Son obligaciones generales del concesionario:

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) En toda obra objeto de concesión, que involucre la realización de infraestructuras viales, se deberá considerar e incorporar el componente de seguridad vial, que contiene, entre otros elementos, los siguientes: el paso seguro de peatones, incluidos aquellos a nivel y a desnivel, la protección para el tránsito seguro de peatones longitudinal a la vía, las bahías para las paradas de transporte público, las ciclorutas, en los casos que corresponda, y la adecuada visibilidad de las vías, incluida la eliminación de obstáculos en ellas y en el derecho de vía de estas.

Asimismo, para salvaguardar la seguridad vial, deberá tomarse en consideración el entorno urbano que atraviesen las vías, los planes reguladores, las directrices del Ministerio de la Vivienda, del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y la Ley N.º 7600, las condiciones para vías con accesos restringidos o no restringidos, así como todos los otros elementos, las especificaciones técnicas, las normas y los procedimientos que garanticen la mejor seguridad vial de los peatones y los conductores. (*)

e) Acatar las disposiciones de la Administración concedente, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan a su favor. (*)

f) Indemnizar por los daños y perjuicios que se ocasionen a terceros como consecuencia de la ejecución de la concesión. (*)

- g) 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. (*)
- h) Cumplir los compromisos financieros contraídos con la Administración concedente y derivados del otorgamiento de la concesión. (*)
- i) Las demás obligaciones determinadas en esta ley o derivadas del contrato de concesión. (*)

(*) El inciso d) del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 8696 de 17 de diciembre del 2008. ALC# 55 a LG# 248 de 23 de diciembre del 2008.(Corre la numeración de los incisos subsiguientes)

(*) El inciso f) del presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.(Por consiguiente se corre la numeración de los incisos siguientes)

Artículo 39.- Resolución alterna de conflictos (*)

En el contrato podrán fijarse cláusulas de resolución alterna de conflictos para resolver las controversias o diferencias producidas con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o surgidas de su ejecución. Estas cláusulas se registrarán por la Ley N.º 7727, de 9 de diciembre de 1997, y sus reformas, y en ellas podrán definirse las reglas que se seguirán en los procedimientos de resolución alterna de conflictos, o bien, podrá remitirse al instrumento en el que dichas reglas se encuentran, siempre y cuando se respete lo dispuesto en la legislación costarricense vigente en esta materia. El establecimiento de la cláusula compromisoria en el contrato, obliga a la administración y al concesionario a someter sus controversias a los procedimientos de resolución alterna de disputas, establecidos en la Ley No. 7727.

No podrá someterse al procedimiento de resolución alterna de disputas, el ejercicio de las potestades de imperio ni el ejercicio de los deberes públicos por parte de la administración, de conformidad con el artículo 66 de la Ley general de la Administración Pública; sin embargo, sí procederá en cuanto al derecho y el monto de la indemnización al que pueda tener derecho el concesionario, como consecuencia de su ejercicio por parte de la administración.

Podrán ser sometidas a arbitraje las disputas referidas al reajuste del equilibrio financiero del contrato, siempre y cuando dicho equilibrio no se encuentre sujeto a eventuales ajustes tarifarios, que formen parte de la potestad de imperio, caso en el cual no procedería. El arbitraje será necesariamente de derecho y, salvo las

excepciones señaladas en esta Ley, solo se podrá hacer exigible la cláusula compromisoria, sin que se requiera agotar la vía administrativa.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.

Artículo 60.- Extinción de la concesión (*)

1.- La concesión se extingue por las siguientes causales:

- a) El vencimiento del plazo pactado.
- b) La imposibilidad de cumplimiento como consecuencia de medidas adoptadas por los Poderes del Estado.
- c) El rescate por causa de interés público.
- d) El acuerdo mutuo de la administración concedente y el concesionario; para ello, dicho acuerdo deberá contar con la aceptación previa de los acreedores, si existen. Este acuerdo deberá estar debidamente razonado, tomando en consideración el interés público. (*)
- e) La resolución por incumplimiento grave así señalado en el cartel y en el contrato de obligaciones del concesionario.
- f) Otras que se estipulen en el contrato de concesión.

2.- De vencerse el plazo, la Administración concedente recibirá los derechos y bienes objeto de la concesión en buen estado y funcionamiento, libres de gravámenes y sin costo alguno.

3.- Cuando la extinción se produzca por causas ajenas al concesionario, quedará a salvo su derecho a percibir las indemnizaciones que correspondan según esta ley y el contrato de concesión.

(*) El subinciso d) del inciso 1) del presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.

Artículo 63.- Indemnización por extinción (*)

1.- En las indemnizaciones que procedan, solo se tomarán en cuenta los gastos efectivamente realizados, una utilidad hasta del cincuenta por ciento (50%) del lucro cesante, así como el estado actual de los bienes y las pérdidas que puedan haberse ocasionado.

2.- La liquidación respectiva requerirá la aprobación de la Contraloría General de la República; para ello, deberá remitir, a la Comisión Permanente Especial para el Control del Ingreso y el Gasto Públicos de la Asamblea Legislativa, un informe donde justifique, debidamente, la aprobación de estas liquidaciones.

(*) El presente artículo ha sido modificado mediante Ley No. 8643 de 30 de junio del 2008. LG# 138 de 17 de julio del 2008.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 SARMIENTO GARCÍA, Jorge: *Concesión de Servicios Públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 84-94.
- 2 MONTERO BARRANTES, María del Milagro y ZAMORA GALLO, Karen Susana: *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*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2009, pp. 201-204.
- 3 RAMÍREZ LORÍA, Ileana: *Poder de fiscalización de la Administración Pública en la ejecución de los contratos administrativos*, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, pp. 124-127.
- 4 BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, Rosibel y PEÑA MORENO, José Manuel: *El incumplimiento del contratista en los contratos administrativos: mecanismos que aseguren indemnizaciones a la Administración Pública*, Tesis para optar al grado del Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2002, pp. 207-213.
- 5 Ley No. 7762 de 14 abril 1998.