



LA CESIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN

| | |
|--|--|
| Rama del Derecho: Derecho Administrativo. | Descriptor: Contratación Administrativa. |
| Palabras Claves: Concesión, Cesión, Licitación Pública, Contrato Administrativo. | |
| Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia. | Fecha: 04/06/13. |

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| RESUMEN..... | 2 |
| NORMATIVA..... | 2 |
| 1. Prohibición para Participar en Procesos de Contratación Administrativa a los Funcionarios Públicos Relacionados al Contrato con Personas Jurídicas y la Cesión de su Derecho de Participación. | 2 |
| 2. Límites a la Posibilidad de Ejecutar un Contrato de Cesión dentro de la Contratación Administrativa | 3 |
| 3. La Resolución de la Concesión de Instalaciones Públicas por Ejecutar un Contrato de Cesión No Autorizado..... | 3 |
| 4. El Contrato de Cesión en la Ley General de Concesiones con Servicio Público | 4 |
| DOCTRINA..... | 5 |
| La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en Costa Rica..... | 5 |
| JURISPRUDENCIA | 20 |
| Aplicación Prevalente del Derecho Público sobre la Cesión del Derecho de Cobro Originado en un Contrato Administrativo..... | 20 |

| | |
|---|-----------|
| DICTAMEN Y OPINIÓN JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA | 26 |
| 1. La Cesión del Concesión de Obra Pública con Servicio Público..... | 26 |
| 2. La Cesión en la Ley de Concesión de Obra Pública..... | 38 |

RESUMEN

El presente informe de investigación reúne información sobre la posibilidad de practicar un Contrato de Cesión dentro de un Proceso de Concesión, para lo cual son aportadas las citas normativas, doctrinarias y jurisprudenciales que prevén y regulan tal posibilidad, estableciendo los casos de procedencia y los requisitos respectivos.

NORMATIVA

1. Prohibición para Participar en Procesos de Contratación Administrativa a los Funcionarios Públicos Relacionados al Contrato con Personas Jurídicas y la Cesión de su Derecho de Participación.

[Ley General de la Contratación Administrativa]ⁱ

Artículo 22 bis. Alcance de la prohibición. En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas:...

f) Las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguno de los funcionarios mencionados en los incisos anteriores, o quienes ejerzan puestos directivos o de representación. Para que la venta o cesión de la participación social respectiva pueda desafectar a la respectiva firma, deberá haber sido hecha al menos con seis meses de anticipación al nombramiento del funcionario respectivo y deberá tener fecha cierta por cualquiera de los medios que la legislación procesal civil permite. Toda venta o cesión posterior a esa fecha no desafectará a la persona jurídica de la prohibición para contratar, mientras dure el nombramiento que la origina.

Para las sociedades cuyas acciones se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Superintendencia General de Valores, tal prohibición aplicará cuando dicho funcionario controle el diez por ciento (10%) o más del total del capital suscrito de la sociedad. A este efecto la administración únicamente requerirá de la persona jurídica oferente una declaración jurada de que no se encuentra sujeta a ninguna de las causales de prohibición establecidas en este artículo....

(Así adicionado el párrafo anterior mediante el artículo 3° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).

2. Límites a la Posibilidad de Ejecutar un Contrato de Cesión dentro de la Contratación Administrativa

[Ley General de la Contratación Administrativa]ⁱⁱ

ARTICULO 36. Límites de la cesión. Los derechos y las obligaciones del contratista no podrán cederse sin la autorización previa y expresa de la Administración contratante, por medio de acto debidamente razonado.

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

3. La Resolución de la Concesión de Instalaciones Públicas por Ejecutar un Contrato de Cesión No Autorizado

[Ley General de la Contratación Administrativa]ⁱⁱⁱ

ARTICULO 75. Resolución. Serán causas de resolución del contrato:

1. el incumplimiento del concesionario, cuando perturbe gravemente la prestación del servicio público.
2. la supresión del servicio por razones de interés público.
3. la recuperación del servicio para ser explotado directamente por la administración.
4. la muerte del contratista o la extinción de la persona jurídica concesionaria.
5. la declaración de insolvencia o quiebra del concesionario.
6. el mutuo acuerdo entre la administración y el concesionario.
7. las que se señalen expresamente en el cartel o el contrato.
8. la cesión de la concesión sin estar autorizada previamente por la administración.

Cuando la perturbación al prestar el servicio no haga desaparecer la viabilidad empresarial de la explotación, la administración podrá optar por intervenir provisionalmente, hasta que cesen las perturbaciones. El concesionario deberá indemnizar a la administración por los costos y perjuicios ocasionados por esa intervención.

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

4. El Contrato de Cesión en la Ley General de Concesiones con Servicio Público [Ley General de Concesiones con Servicio Público]^{iv}

Artículo 30.- Suscripción y cesión del contrato

1) El contrato se suscribirá, una vez firme el acto de adjudicación y constituida la sociedad anónima nacional referida en el artículo 31 de esta Ley. Deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República.

2) Los derechos y las obligaciones del contratista no podrán cederse, salvo casos excepcionales debidamente justificados, para lo que deberá contarse con la autorización previa de la administración concedente, por medio de acto debidamente razonado. Únicamente podrá autorizarse la cesión total del contrato de concesión, y se requerirá autorización previa de la Contraloría General de la República, habiéndose valorado el interés público por parte de la administración concedente.

Todos los costos derivados del cambio de concesionario, correrán a cargo de la empresa que ostente la concesión.

3) Para autorizar la cesión del contrato de concesión, la administración deberá verificar que la cesión comprenda todos los derechos y las obligaciones de dicho contrato y solo a una persona natural o jurídica se le podrá hacer que cumpla los requisitos para ser licitante, y que sus calificaciones garanticen que podrá cumplir, en forma igual o mejor que el cedente, de acuerdo con la etapa en que se encuentre el contrato de concesión.

4) En ningún caso el adjudicatario, el concesionario ni la administración podrán ceder ni aceptar, según corresponda, la cesión de los derechos y las obligaciones de la sociedad concesionaria ni el traspaso del capital social de esta, en contra de las prohibiciones establecidas por el artículo 22 de la Ley de contratación administrativa.

(Así reformado por el artículo 1° aparte A) punto 18) de la Ley N° 8643 de 30 de junio de 2008).

DOCTRINA

La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en Costa Rica

[Santos Castro, A.M.]^v

La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en la Doctrina

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

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

"La cesión del contrato implica la sustitución de la persona del concesionario para todos los efectos, de manera que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente. Propiamente hablando, se trata de una novación del contrato por cambio en la persona de una de las partes."¹

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

Al respecto señala Jéze:

En los contratos administrativos propiamente dichos, la regla general es que las obligaciones a cargo del contratante debe cumplirlas él mismo y no otro. La Administración ha elegido su co-contratante en razón de sus cualidades personales. Este último colabora en un servicio público y esa colaboración tiene carácter personal: no se trata de una prestación que cualquier individuo puede proporcionar en lugar del contratante. Esto se manifiesta con gran fuerza en los contratos de concesión de servicio público. El buen funcionamiento del servicio concedido depende esencialmente de las cualidades personales del co-contratante, de su moralidad y de su solvencia."²

En este mismo sentido señala Verçaitz:

"La intransferibilidad pertenece también a la naturaleza de los contratos administrativos. Como hemos dicho, los contratos administrativos se celebran

¹ RUFÍAN LIZANA (Dolores M.), *op.cit.*, p. 156.

² ÉZE (Gastón), *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo IV, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1950, pp. 203 y 204.

fundamentalmente *intuitu personae*. La Administración pública no tiene libertad para contratar con cualquier persona la concesión de un servicio público, la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, la ocupación de un bien del dominio público, la colocación de un empréstito, etc. Es necesario, antes que nada, solvencia económica en relación a la importancia de la obra o del servicio público a prestar. Luego, solvencia moral, ya que las obligaciones contraídas con la Administración pública, por lo mismo que se vinculan con un fin público o pueden afectar una necesidad pública, deben cumplirse con absoluta lealtad y buena fe."³

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

Roberto Dromi manifiesta al respecto lo siguiente:

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

Sin embargo, podrá autorizarse la cesión o transferencia, asociación o subcontratación con terceros cuando, a juicio del comitente, ese tercero reúna las condiciones deseadas⁴ por la Administración y además constituya una notoria ventaja para el Estado."

Asimismo, Fernando MÓ considera que cuando el cesionario ofrezca, por lo menos, iguales garantías (solvencia moral, técnica, económica, etc.) que el cedente (concesionario), el consentimiento para la cesión podrá otorgarse. Esta medida tiene carácter de excepción y aparece como facultativa para el Estado.⁵

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

³ BERCAITZ (Miguel Angel), Teoría General de los Contratos Administrativos. Argentina, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980, p. 353.

⁴ DROMI (Roberto), op.cit. p. 445.

⁵ MÓ (Fernando), Régimen Legal de las Obras Públicas. Argentina, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2° edición, 1982, p. 182.

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

El objetivo legítimo de la Administración no puede ser otro que asegurar todos los recaudos que procuren el mejor cumplimiento contractual del empresario; cumplida esa exigencia, será difícil mantener la negativa sin caer en abusos."⁶

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

La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en el Ordenamiento Jurídico Costarricense

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

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

a) Sociedad Anónima Nacional

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

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

⁶ Ibid.

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

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

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

En general, el Estado concedente exige además que la sociedad disponga de un capital mínimo y prohíbe la venta de las acciones durante un cierto período de tiempo (como mínimo la duración de las obras). Ello implica que los adjudicatarios de la concesión seguirán siendo los dueños de las acciones de la sociedad concesionaria, lo que constituye una garantía no solamente para el Ministerio de Obras Públicas, sino también para los bancos que seguirán implicados en el proyecto".⁷

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

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

⁷ RUFÍAN LIZANA (Dolores M.), *op.cit.*, p. 81.

b) Financiamiento por Capitalización

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

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

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

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

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

Con respecto al objetivo de la venta de acciones autorizada en el artículo 46 mencionado anteriormente, la Procuraduría General de la República, en su oficio número C-243-2000, manifestó que esta venta es utilizada para la obtención de recursos económicos para la construcción de la obra y no como un mecanismo de cesión de acciones para traspasar la concesión y sustituir al concesionario.⁸

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

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

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que el financiamiento por capitalización no puede verse como una cesión del contrato de concesión. El legislador costarricense consideró la importancia de la inversión privada para la infraestructura

⁸ Procuraduría General de la República, oficio número C-243-2000, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 3 de octubre de 2000.

del país a través de los contratos de concesión de obras públicas, sin embargo, procuró mantener este contrato apegado al principio *intuitu personae*, y no constituirlo como un típico negocio financiero. Esta conclusión está reforzada con el inciso cuarto del artículo 31, mencionado anteriormente, al establecer la obligación del adjudicatario de no tener, en ningún caso, una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital social de la Sociedad Anónima Nacional.⁹

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

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

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

El artículo 61, inciso 1 dispone lo siguiente: "Como acto previo a la solicitud de la declaratoria de quiebra, el concesionario que no pueda cubrir sus obligaciones tendrá la facultad de apersonarse ante el juez civil de su domicilio, para solicitarle una suspensión de pagos por un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la resolución que autoriza la suspensión, con el objeto de que, durante el primer mes de este período, presente una proposición de convenio para el pago de los acreedores."¹⁰

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

La quiebra también puede ser declarada a instancia de la Administración concedente o de algún acreedor, cuando el concesionario abandone, de hecho o de derecho, la explotación de la concesión o se resuelva el contrato de concesión. Una vez que la Administración concedente compruebe el abandono o que adquiera firmeza el acto

⁹ Ibid.

¹⁰ LGCOP, art. 61, inciso 1.

que resuelve el contrato de concesión, ésta nombrará a un interventor que asumirá la administración y explotación temporal de la concesión hasta la integración de una Junta de Intervención compuesta por un representante de la Administración concedente, uno escogido de la terna presentada por la masa de acreedores y un representante del Consejo Nacional de Concesiones.¹¹

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

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

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

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

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

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

d) La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en la Legislación Costarricense

La cesión de contratos de concesión de obra pública debe ser aplicada excepcionalmente. Esta pretende evitar la terminación del contrato, inclusive, que el concesionario sea declarado en quiebra. Lo que persigue esta figura es que cuando

¹¹ LGCOP, art. 61, incisos 6 y 7.

razones o circunstancias de interés público muy calificadas de fuerza mayor o caso fortuito así lo justifiquen, la Administración concedente, mediante un acto debidamente razonado, podrá autorizar la cesión de los derechos y obligaciones del concesionario.

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

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

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

El artículo 36 de la LCA dispone que: "Los derechos y las obligaciones del contratista no podrán cederse sin la autorización previa y expresa de la Administración contratante, por medio de acto debidamente razonado.

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

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

De la redacción del artículo 36 de la LCA se desprende que el concesionario no puede ceder el contrato por su propia y exclusiva voluntad, imponiéndole un cambio de contratante a la Administración. Por el contrario, la Administración tiene la facultad de decidir si acepta o no una propuesta de cesión, debiendo razonar su decisión. Asimismo, aun contando con la autorización de la Administración, en los casos en que la cesión exceda el cincuenta por ciento del objeto del contrato, es requerida la autorización de la Contraloría General de la República.¹²

¹² Procuraduría General de la República, opinión jurídica número OJ-067-2003, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 25 de abril de 2003.

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

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

Con relación al RLGOP cabe mencionar que anteriormente este no contemplaba la forma ni los supuestos bajo los cuales la Administración podía autorizar la cesión parcial o total del contrato de concesión. Sin embargo, a raíz del vacío legal y reglamentario que existía en este tema y en aras de satisfacer el interés público y de cumplir con los principios constitucionales de la contratación administrativa, el Poder Ejecutivo reformó mediante Decreto Ejecutivo número 31155-MOPT de 2 de mayo de 2003, el artículo 45 de este reglamento.

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

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

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

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

Del análisis de estos artículos se concluye que tanto el RLGOP como la LCA son coincidentes en afirmar que efectivamente la cesión de contratos de concesión de obra pública es permitida en Costa Rica. Si bien la Administración contratante tiene que dar una autorización previa para que esta se dé, el ordenamiento jurídico la autoriza, en casos excepcionales de fuerza mayor o de caso fortuito, siempre que no se violen los principios constitucionales de la contratación administrativa.

El voto 998-98 de la Sala Constitucional¹³ define los siguientes como principios constitucionales de la contratación administrativa:

- i. Libre concurrencia: Tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia. Destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece;
- ii. Igualdad de trato entre todos los posibles oferentes: Dentro de la licitación tiene una doble finalidad, la de ser garantía para los administrados en la protección de sus intereses y derechos como contratistas, oferentes y como particulares, que se traduce en la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso, sea mediante la promulgación de disposiciones legales o reglamentarias con ese objeto, como en su actuación concreta; y la de constituir garantía para la administración, en tanto acrece la posibilidad de una mejor selección del contratista;
- iii. Publicidad: Consiste en que la invitación al concurso licitatorio se haga en forma general, abierta y lo más amplia posible a todos los oferentes posibles, dándosele al cartel la más amplia divulgación, así como el más amplio acceso al expediente, informes, resoluciones y en general a todo el proceso de que se trate;
- iv. Legalidad o transparencia de los procedimientos: Los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción;
- v. Seguridad jurídica: Busca darle seguridad y garantía a los oferentes de su participación;
- vi. Formalismo de los procedimientos licitatorios: En cuanto se exijan formalidades, éstas actúan a modo de controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa, de manera tal, que no se tengan como obstáculo para la libre concurrencia;
- vii. Equilibrio de intereses: Es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de éste;

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 0998-98, de las 11 horas 30 minutos del 16 de febrero de 1998.

- viii. Principio de buena fe: Se considera como un principio moral básico que la administración y los oferentes actúen de buena fe. Las actuaciones de ambas partes deben estar caracterizadas por normas éticas claras donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro;
- ix. La mutabilidad del contrato: La administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarias para introducir modificaciones a los contratos con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar;
- x. Intangibilidad patrimonial: La administración está siempre obligada a mantener el equilibrio financiero del contrato, sea indemnizando al co-contratante de todos los efectos negativos que se originen en sus propias decisiones, sea como efecto del principio de mutabilidad, sea por razones de conveniencia o de interés público o por cualesquiera otras razones generales o especiales que lleguen a afectar el nivel económico inicial, reajustando siempre las variaciones ocurridas en todos y cada uno de los costos que conforman los precios del contrato para mantener incólume el nivel económico originalmente pactado; y
- xi. Control de los procedimientos: Todas las tareas de la contratación administrativa son objeto de control y fiscalización en aras de la verificación, al menos, de la correcta utilización de los fondos públicos.

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

e) La Cesión de Contratos de Concesión de Obra Pública en la Jurisprudencia Costarricense

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

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

"...En consecuencia, [la concesión] tiene las siguientes características relevantes: a) Por la vía de la concesión se encarga la ejecución de la obra y se transmiten los poderes jurídicos necesarios para que se la explote; b) La transmisión de esos poderes es temporal y la explotación en general reserva a la Administración sus facultades de

autorización, control y vigilancia; c) La titularidad del derecho de propiedad y de la prestación del servicio público se mantiene en cabeza de la Administración; ch) La prestación del servicio público por parte del concesionario se subordina a los principios de conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución; d) Los derechos y obligaciones del concesionario y, en su caso, de los subcontratistas, no pueden ser cedidos, fideicometidos o gravados, ni puede celebrarse ningún convenio de usufructo, arrendamiento, administración o explotación total o parcial sobre los bienes objeto de la concesión sin el consentimiento previo y expreso de la Administración concedente y la aprobación de la Contraloría General de la República, consentimiento y aprobación que ha de entenderse necesariamente, y así se interpreta con motivo de esta opinión, que no pueden darse si hay límites constitucionales o legales que lo impidan; y e) La concesión se extingue, entre otras causales, mediante el rescate por causa de interés público."¹⁴

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

"Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de "colaboración" o de "atribución", respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto *intuitu personae*. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponden "personalmente" al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; el principio *intuitu personae* entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas. Así, salvo el supuesto de que el ordenamiento jurídico lo permita y el contrato lo autorice "ab initio", sin autorización expresa de la Administración, el concesionario no puede "ceder" o "transferir" el contrato, introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan "intuitu personae", por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración."¹⁵

Si bien estas dos sentencias son anteriores a la LGCOP, ley que rige actualmente lo concerniente a las concesiones de obras públicas, lo importante es que ambas coinciden en que el concesionario no puede ceder o transferir el contrato a un tercero

¹⁴ Sala Constitucional voto número 37892-92 de las 12 horas del 27 de noviembre de 1992.

¹⁵ Sala Constitucional, voto número 5403-95 de las 16 horas 6 minutos del 3 de octubre de 1995.

si no se cumplen ciertas condiciones, entre las cuales está la autorización expresa de la Administración concedente.

Por su parte, la Procuraduría General de la República en su oficio número C-243-2000¹⁶ analiza la posibilidad de que en la etapa de explotación de una concesión de obra pública con servicio público se pueda transferir la propiedad y la responsabilidad de la sociedad concesionaria a un tercero mediante el contrato de cesión de acciones. Después de un análisis bastante extenso, la Procuraduría llega a varias conclusiones dentro de las cuales están las siguientes:

- i. El financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción es una figura jurídica distinta de la cesión de la concesión a un tercero mediante el traspaso de la totalidad de las acciones. En efecto, ese financiamiento no pretende una sustitución del concesionario en el ejercicio de los derechos y obligaciones que la concesión implica.
- ii. En ausencia de una norma expresa que la autorice, debe concluirse que la cesión o traspaso de la concesión es un acto jurídico no autorizado por el ordenamiento jurídico costarricense.

El 25 de abril de 2003, mediante opinión jurídica número OJ-067-2003¹⁷, la Procuraduría General de la República se refirió al oficio número 20030220 de 10 de abril de 2003 presentado por la señora Rocío Aguilar, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones, a través del cual se le solicitó emitir criterio en relación con el proyecto de Decreto para reformar el artículo 45 del RLG COP. En esta oportunidad la Procuraduría emitió un criterio no vinculante en razón del objeto de la consulta, ya que la potestad reglamentaria le corresponde al Poder Ejecutivo, y la regularidad jurídica de ese tipo de propuestas no está sujeta a la función consultiva de ese Órgano Asesor.

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

- i. La LGCOP no autoriza, en forma expresa, la cesión de la concesión.
- ii. No obstante, en virtud de lo dispuesto en su artículo 64.3 resulta aplicable la LCA, especialmente lo establecido en el artículo 36.

¹⁶ Procuraduría General de la República, oficio número C-243-2000, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 3 de octubre de 2000.

¹⁷ Procuraduría General de la República, opinión jurídica número OJ-067-2003, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 25 de abril de 2003.

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

iv. Dado que la cesión de la concesión como contrato administrativo es excepcional, la autorización administrativa sólo puede ser extendida cuando se satisfaga plenamente el interés público y ante circunstancias excepcionales cuya calificación corresponde a la Administración. De cederse más del cincuenta por ciento (50%) del objeto del contrato o del monto de lo contratado, la cesión debe ser autorizada por la Contraloría General de la República. En virtud de lo anterior, la Procuraduría consideró que los artículos 45.3, 45.4 y 45.5 del Proyecto de Reglamento consultado son conformes con lo dispuesto en la LCA y no vulneran los principios de la LGCOP.

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

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

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

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

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

concesionables, así como con la limitante porcentual prevista expresamente para la cesión de acciones."¹⁸

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

Así, a través del oficio número 08619, la Contraloría le comunica a la máster Rocío Aguilar Montoya, Secretaria Técnica a.í. del Consejo Nacional de Concesiones, la aprobación del contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, proyecto San José-Caldera, y su respectivo addendum, suscritos entre el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa Concesiones Viales, S.A. Si bien es cierto que el Órgano Contralor sujeta a algunas condiciones esta aprobación, no hace éste especial referencia a la cláusula 1.13.2 del addendum al contrato de concesión el cual establece lo siguiente:

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

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

El CNC autorizó mediante acuerdo único de la cesión extraordinaria número 1-02 celebrada el 24 de octubre de 2002, ratificado mediante acuerdo número 4 de la sesión ordinaria número 09-03 celebrada el 18 de junio del 2003, la cesión de derechos y obligaciones correspondiente al cinco por ciento de participación de Industrias Acosol, S.A. en el Consorcio Adjudicatario y del Concesionario a favor de SNC Lavalin de Costa Rica, S.A. De conformidad con los términos de dicha

¹⁸ Contraloría General de la República, oficio número 6171 de 21 de junio de 2000, DAGJ-932-2000.

autorización, la cesión de derechos y obligaciones está condicionada al refrendo del Contrato de Concesión por parte de la Contraloría General de la República. A partir de dicho refrendo, SNC Lavalin de Costa Rica, S.A. se considerará, para todos los efectos, miembro del Consorcio Concesionario, e Industrias Acosol, S.A. quedará plenamente relevado de cualquier responsabilidad frente a la Administración Concedente en relación con la Licitación, acto de adjudicación o este Contrato."¹⁹.

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

Del análisis hecho de la jurisprudencia costarricense, con relación a la cesión de contratos de concesión de obras públicas, se concluye que si bien ésta no había sido aceptada desde siempre, recientemente sí ha sido permitida tanto por la Sala Constitucional como por la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, siempre y cuando esta cumpla con las condiciones estipuladas por la LGCOP, su reglamento y el Contrato de Concesión.

JURISPRUDENCIA

Aplicación Prevalente del Derecho Público sobre la Cesión del Derecho de Cobro Originado en un Contrato Administrativo

[Sala Primera]^{vi}

Voto de mayoría:

“XII. Aplicación prevalente del Derecho Público sobre la cesión del derecho de cobro originado en un contrato administrativo. El Código Procesal Contencioso Administrativo reconoce expresamente la existencia de conductas desplegadas por sujetos privados y de relaciones entre éstos, que son reguladas por el Derecho Público. Al respecto contempla el artículo 2 inciso e), que corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda, conocer de las “conductas o relaciones regidas por el Derecho Público, aunque provengan de personas privadas o éstas sean sus partes.” (v.gr. la relación entre el usuario y el concesionario de un servicio público).

¹⁹ Addendum al Contrato Concesión de la Carretera San José-Caldera suscrito entre el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa Concesiones Viales, S.A. el día 24 de junio de 2003, cláusula 1.13.2.

Si bien, el vínculo o la actuación surgen en el marco de la autonomía de la voluntad, y en principio no se identifican elementos propios de una relación jurídico administrativa, lo cierto es que el interés directo de una entidad pública obliga a someter tales relaciones y conductas al Derecho Público. Tal es el caso de la cesión del derecho a recibir el pago como contraprestación en un contrato administrativo. El convenio de transmisión de un crédito entre sujetos privados está regulado, en principio, por el Código Civil y el Código de Comercio; sin embargo, al nacer el derecho cedido de un contrato de carácter administrativo, el vínculo entre cedente y cesionario no puede dissociarse de la relación que existe entre la Administración y el contratista. La primera tiene el deber insoslayable de verificar el cumplimiento cabal del contrato. De allí que en el canon 34 del RLCA, se haya plasmado, según se dijo en el considerando IV, un plazo máximo para que la Administración cancele el precio, cuyo conteo inicia, previa verificación del cumplimiento, con la presentación de la factura. Siguiendo la misma línea, la LCA plasmó un mecanismo concreto para asegurar a la entidad la plena satisfacción del objeto en los contratos de obra pública: el recibo oficial de la obra, el cual requiere con antelación un estudio técnico que acredite la observancia de todas las especificaciones pactadas, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan corresponder a las partes, funcionarios, empleados, consultores o inspectores (numeral 61). Este mandato fue desarrollado en el Reglamento, que creó, en el ordinal 151, la recepción provisional para las hipótesis donde la obra esté cerca de ser finalizada, es decir, cuando sólo falten pequeños detalles de acabado o la corrección de defectos menores. En esta etapa, la Administración deberá consignar en el acta, si el recibo es a plena satisfacción o bajo protesta, y en caso de incumplimiento grave y trascendente, no la aceptará. Continúa el precepto, efectuada la recepción provisional, en el plazo que señale el cartel, o en su defecto, el de dos meses, la Administración deberá proceder con la recepción definitiva, previa elaboración de los estudios técnicos que comprueben el cumplimiento. Si el constructor infringe las disposiciones contractuales, la Administración debe iniciar el procedimiento de resolución y ejecutar la garantía de cumplimiento (artículos 11 y 34 de la Ley de Contratación y 41, 196, 204 y 205 de su Reglamento). Se entiende así que la tutela del interés público en la observancia precisa de los términos del contrato administrativo, permea toda la Ley y su Reglamento, al mismo tiempo que determina esta regulación ius publicista de la transferencia del derecho a recibir el pago. En otras palabras, la relación jurídico-administrativa subyacente se impone al acuerdo entre partes privadas, e implica que la normativa común pierde terreno ante la pública. De esta forma, la Ley de la materia faculta para ceder los derechos y obligaciones; al efecto establece se necesita de la previa y expresa autorización de la Administración, y la de la Contraloría General de la República en los casos en que se transmita más de un cincuenta por ciento del objeto del contrato (numeral 36). Ahora bien, su Reglamento en el ordinal 209 recoge el precepto en cuanto se refiere a la transmisión de todos los derechos y obligaciones del

contrato, pero trata la cesión del derecho de pago en forma autónoma. Así, el canon 36 dispone, en lo que interesa, los *“derechos de cobro frente a la Administración, podrán cederse en cualquier momento, sin que sea necesario el consentimiento de ésta, ni de la Contraloría General de la República. Sin embargo, deberá informarse a la entidad una vez que la cesión sea convenida, sin detrimento de los montos que por concepto de multas y cláusulas penales se deban resarcir con dicho pago, los cuales se deducirán automáticamente del monto. Antes de esa comunicación cualquier pago hecho a nombre del contratista surtirá efecto liberatorio. [-] La Administración, no podrá negarse a pagar al cesionario, pero si podrá oponer la excepción de falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo pactado. [-] La cesión de pago aceptada por la Administración, no exonera al contratista de sus obligaciones y tampoco convierte al cesionario en parte contractual. El cesionario del crédito asume por completo el riesgo por el no pago de la obligación por parte de la Administración, originado en las excepciones antes dichas...”*. La norma transcrita obliga al cesionario notificar el acuerdo a la Administración. Así las cosas, de la integración de los numerales 34 y 36 del Reglamento, se comprende que presentada la factura para su pago, y previa verificación del cumplimiento (34 RLCA), la Administración no podrá negarse a pagar, pues una vez notificada de la cesión, conoce el cambio en la titularidad del crédito (36 RLCA). Sin embargo, debe entenderse que la obligatoriedad del pago cedido ocurre siempre que el proyecto haya sido concluido de conformidad con las pautas convenidas. Por el contrario, si la construcción no fue realizada a su entera complacencia, el contratante opondrá al cesionario las excepciones de falta de cumplimiento o cumplimiento defectuoso, pues este último asumió el riesgo por el no pago de la obligación originado en dichas defensas (36 RLCA). El Código de Comercio no resulta aplicable en estos supuestos, pues aunque se trata de una relación entre privados, el deudor del crédito cedido es la Administración, lo cual implica, según se dijo, que se rija necesariamente por el Derecho Público, concretamente, la LCA, numerales 11, 34, 36 y 61, y su Reglamento, artículos 34, 36, 41, 151, 196, 204 y 205. En el asunto de marras, el actor sostiene existió violación directa de ley por aplicación e interpretación erróneas de los artículos 34 y 36 del Reglamento, y falta de aplicación del numeral 432 del Código de Comercio. Esta tesis no es de recibo. La cesión del crédito incorporado a la factura número 101, suscrita por Condominio La Flor del Sol S.A. y Praderas de Coronado S.A., aunque efectuada entre sujetos privados, está referida a uno de los derechos originados en la contratación administrativa EMER-111-2006. Por esta razón, se encuentra regido por la LCA y su Reglamento, lo que excluye la aplicación del numeral 492 del Código de Comercio. La Administración no puede cancelar el precio de la obra inconclusa o defectuosa, de hacerlo, contravendría el principio de legalidad previsto en el ordinal 11 de la Constitución Política y el mismo precepto de la LGAP, los artículos citados de la LCA y su Reglamento, así como del cartel, cuyas cláusulas 3.6 y 4.12 establecen el pago únicamente por el trabajo efectivamente realizado y terminado (folios 48 y 50).

XIII. Quebranto de la Jerarquía Normativa. Examinado el archivo de audio y video, se advierte que el Tribunal estableció -tal y como fue transcrito por el recurrente-, que el artículo 36 de la LCA se impone al Código de Comercio. Por esta razón, no se constata quebranto a la jerarquía normativa, sino, la prevalencia de una norma especial. Nótese que, de ninguna forma, el Tribunal reconoce al precepto reglamentario la fuerza para modificar al de rango legal. Sin perjuicio de lo anterior, se resalta una vez más que el artículo 492 del Código de Comercio no resulta de aplicación en este caso, pues existe canon especial, la LCA.

XIV. Sobre la Violación a la Reserva Legal . El argumento relativo a la violación de la reserva legal tampoco puede ser admitido. Las excepciones de falta de cumplimiento y cumplimiento defectuoso se extraen de la propia Ley de Contratación Administrativa. Este cuerpo normativo dispuso en el numeral 11 que *“la Administración podrá rescindir o resolver, según corresponda, sus relaciones contractuales, por motivo de incumplimiento, por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando así convenga al interés público, todo con apego al debido proceso . [-] Cuando se ponga término al contrato, por causas que no se le imputen al contratista, la Administración deberá liquidarle la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados. [-] En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato...”* (la negrita no es del original). A contrario sensu, cuando el incumplimiento del objeto se deba a causas imputables al contratista, la Administración no deberá cancelar suma alguna. Expuesto así el canon de comentario, se deduce que, una vez requerido el pago (por el contratista o el cesionario) y verificada la inobservancia, la Administración está obligada a negarlo en virtud de dicho incumplimiento, lo que es precisamente la oposición de las excepciones que expresa el canon 36 del Reglamento. En síntesis, la norma reglamentaria especifica lo ya previsto por la Ley: el no pago en casos de incumplimiento.

XV. Régimen de Responsabilidad de la Administración Pública. El Estado de Derecho presupone la responsabilidad del Estado, y en general de la Administración, por los daños que ocasionen con su actuar, siempre que la víctima no tenga el deber de soportarlo. En el ordenamiento jurídico costarricense este principio encuentra arraigo constitucional. Se contempla expresamente en la Carta Magna, numeral 9, que establece la responsabilidad del Gobierno de la República, y se complementa con los principios de legalidad (artículo 11) e igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas (ordinales 18 y 33); el resguardo de los derechos adquiridos y de las situaciones jurídicas consolidadas (canon 34); el derecho a la resarcibilidad plena de los daños (artículo 41); la protección de la propiedad privada (precepto 45); la personificación de los entes públicos y la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos (mandato 49); la responsabilidad por daños ambientales (artículo 50); la

solidaridad social (numeral 74); el establecimiento de la responsabilidad del Presidente de la República, Poder Ejecutivo, Consejo de Gobierno, Poder Judicial y de los directores de las instituciones autónomas (ordinales 148 y 149, 154, 166 y 188); y el derecho al buen funcionamiento del servicio público (preceptos 139 inciso 4), 140 y 191). El sistema así construido, obliga a la Administración a la reparación integral de las lesiones que se produzcan de sus conductas activas u omisivas (en este sentido, puede consultarse la resolución no. 308-F-2006 de las 10 horas 30 minutos del 25 de mayo de 2006). El derecho a la resarcibilidad plena del daño y el sistema de responsabilidad delineado por la Constitución Política, encuentra concreción legal en el artículo 190 de la LGAP, que obliga a los entes públicos a responder por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o a normal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Con este precepto el legislador sentó la base del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración preminentemente objetivo, por cuanto se mantienen criterios de imputación, que permiten establecer supuestos en los no procede la indemnización.

XVI. Dicho esto, es imperioso retomar el argumento del casacionista, quien alega falta de aplicación del artículo 190 de la LGAP, ya que, en su criterio en el cuadro fáctico de la sentencia se extrañan hechos que implican responsabilidad del Estado y la Comisión. A pesar de la denominación asignada en el recurso, este reproche se fundamenta como una violación indirecta de ley, en tanto se ataca el elenco de hechos probados que estableció el Tribunal, y en ese entendido se entra a conocer el agravio. En primer término, debe expresarse que de la ampliación de la demanda (folio 248) y de los archivos de audio y video (juicio, día 23 de octubre de 2008) se comprueba que efectivamente el actor dedujo en el juicio oral una pretensión de resorte patrimonial, cual es se condene al Estado y a la Comisión Nacional de Emergencias por funcionamiento anormal. No obstante, se advierte no explicó los fundamentos de esta petición subsidiaria, sino hasta el momento de emitir conclusiones en el juicio oral. Indicó en esa oportunidad que el Estado y la Comisión debían ser condenados al pago de la factura y sus intereses, pues con sus actuaciones condujeron a la Praderas de Coronado S.A. a realizar el descuento de la factura, y en virtud de la ineficiencia al tener por recibido el proyecto y argumentar ahora que existió un incumplimiento por el que nunca recibió (09:44:33; 13:06:22). Ahora bien, al exponer el cargo que se conoce, hace ver a este Órgano que dentro de los hechos que debieron tenerse por probados, debió incluirse que la obra no fue recibida (folio 369), lo que denota una contradicción en sus afirmaciones. Empero, debe esclarecerse si la conducta de los demandados públicos es la que ocasionó que no se cancelara el monto de la factura y los intereses.

XVII. Tal y como se ha explicado reiteradamente, el crédito cedido encuentra su génesis en un contrato con la Administración. En esta circunstancia, un eventual deber de reparación a cargo de los sujetos públicos no puede deducirse vía numeral 190 de la

LGAP, que dispone la responsabilidad objetiva de aquéllos. Además, por regla, el artículo 190 de LGAP no aplica a la responsabilidad contractual, en la que encuadra el presente caso. (véase sentencia no. 771-F-S1-08 de las 16 horas del 18 de noviembre del 2008) En todo caso, note el recurrente que al no quedar demostrada la recepción oficial, las conductas desplegadas por el Estado y la Comisión no son la causa efectiva del daño que alega, a saber, el no pago de la factura y sus intereses. Esta lesión es consecuencia del incumplimiento del objeto contratado, lo que es imputable al contratista, no así a los demandados públicos (folio 2 del expediente administrativo tomo III, folio 70 del tomo II y el testimonio del ingeniero Jorge Álvarez Mondragón (video del juicio oral, 12:28:39). En este sentido, es la actuación de Condominio La Flor del Sol S.A. la que genera el rechazo del requerimiento. Ergo, no existe nexo de causalidad entre el detrimento cuya reparación se pretende y la actividad del Estado y la Comisión. No existe funcionamiento anormal en relación con el menoscabo reclamado. A raíz de la inobservancia por parte de Condominios La Flor del Sol S.A. de las condiciones convenidas, Praderas de Coronado S.A. no tiene derecho a recibir el pago por parte de la Comisión, es más, asumió este riesgo (ordinal 36 RLCA), y en este entendido, al rechazar la solicitud de pago, aquel órgano actuó conforme al ordenamiento jurídico. Por esta razón el motivo se torna insuficiente para desvirtuar el fallo de instancia.

XVIII. Otro punto de disconformidad lo es la infracción de los principios constitucionales de congruencia y logicidad, al afirmarse que la cesionaria no es parte contractual, pero la afectan las vicisitudes propias del contrato, las cuales no se relacionan con la cesión no objetada. Manifiesta que, la sentencia analiza el tema de la entrega de la obra, no el de la cesión del derecho de cobro de una factura. No obstante, que los Juzgadores analizan de forma aislada el contrato, señala, fue un aspecto por el cual se opuso a la excepción de litis consorcio pasiva necesaria con La Flor del Sol S.A., debido a que la intención de los demandados públicos ha sido mezclar el tema del cumplimiento de la obra, con el recibido conforme de la factura y ausencia de objeción dentro del plazo de ley. Los posibles incumplimientos de La Flor del Sol S.A., insiste, no pueden afectar el derecho de cobro tanta veces referido, pues hacerlo implica cambiar el objeto del litigio como en efecto sucedió. Reprocha que se negara la posibilidad de cobrar la factura por lo efectivamente realizado. Añade no existe fundamento moral ni legal que permita a una institución pública reconocer al contratista incumpliente la porción de obra ejecutada en perjuicio del cesionario del crédito, una vez que se ha notificado al pagador. La infracción denunciada no es de recibo, como se indicó en los considerandos precedentes, el Tribunal fue claro y coherente al indicar las razones que tuvo para establecer que la normativa aplicable era la propia del derecho administrativo, en concreto la atinente a la materia de contratación, por lo que no es admisible el reparo.

XIX. Tocante a la cuarta infracción, sea la vulneración de los ordinales 411, 431, 498 del Código de Comercio en relación con el 1022 del Código Civil, debe indicarse que, el Tribunal no desconoció el valor del acuerdo efectuado entre Condominio La Flor del Sol S.A. y Praderas de Coronado S.A., sino todo lo contrario, hizo prevalecer lo convenido, en el tantas veces mencionado contrato de cesión de factura, pues concedió los intereses que allí se establecieron, por ende, no resultan admisibles las infracciones acusadas. A través del reproche endilgado a la sentencia, pretende el recurrente variar la voluntad manifestada por los contratantes, para beneficio de su patrocinada, más ello no es recibo.”

DICTAMEN Y OPINIÓN JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

1. La Cesión del Concesión de Obra Pública con Servicio Público [Procuraduría General de la República]^{vii}

San José, 3 de octubre del 2000

Ingeniero
Olman Elizondo Morales
Secretario Técnico a.i.
Consejo Nacional de Concesiones
S.O.

Estimado señor Elizondo:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, nos referimos a su atento oficio No.200763 del 1 de setiembre del 2000, mediante el cual solicita el criterio jurídico de la Procuraduría respecto a la posibilidad de que en la etapa de explotación de una concesión de obra pública con servicio público se pueda transferir la propiedad y la responsabilidad de la sociedad concesionaria a un tercero mediante el contrato de cesión de acciones.

Señala Ud. que el artículo 31.4 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, Ley No. 7762 de 14 de abril de 1998, dispone que "*En ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social*", mientras que el artículo 46 del mismo cuerpo legal señala que

durante la etapa de construcción "...cuando el concesionario decida financiarse por emisión accionaria, podrá ofrecer hasta un cuarenta y nueve por ciento (49%) del total del capital de la sociedad efectivamente suscrito y pagado...". Debido a lo anterior, considera que si bien de la normativa referida pareciera deducirse que la voluntad del legislador fue asegurar la responsabilidad directa del adjudicatario durante todo el periodo de la concesión, no es menos cierto que el artículo 46 establece, de forma expresa, que el 49 por ciento permitido para financiar la concesión a través de la capitalización se limita a la etapa de la construcción. De allí que es interés del Consejo Nacional de Concesiones determinar si durante la etapa de explotación del contrato, es posible la cesión de la totalidad de acciones de la sociedad concesionaria a un tercero. En caso afirmativo, se solicita se indiquen las implicaciones del contrato de cesión sobre la concesión y los requisitos para poder ejecutarse.

De conformidad con lo anterior, esta Procuraduría debe pronunciarse sobre la naturaleza del contrato de concesión de obra pública con servicios públicos dentro del marco de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, Ley No. 7762 del 2 de abril de 1998, y sobre la cesión del contrato de concesión.

A. UN MECANISMO DE FINANCIAMIENTO POR LA INVERSION PRIVADA

Antes de hacer referencia a la naturaleza del contrato de concesión, es necesario mencionar la filosofía que subyace y que impulsó la promulgación de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, cual es el fomento de la inversión privada.

1. El fomento de la inversión privada

Dentro del marco de discusión legislativa generada con ocasión de la aprobación de la actual Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos; Ley No. 7762, se plasmó la intención del legislador de contar con un instrumento jurídico eficiente y eficaz para la atracción de la inversión privada en la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público. Objetivo éste que se deriva de la actual tendencia en América Latina de financiar la infraestructura necesaria para el desarrollo de los países con financiamiento privado.

La Ley de Concesión de Obra Pública se plantea, así, como un medio de lograr la inversión privada en obras públicas. Un mecanismo que permite al inversionista destinar sus recursos en proyectos que sean de interés para el país, de manera que el Gobierno no tenga que hacer fuertes desembolsos en ese campo y destine sus recursos a la atención de otras necesidades prioritarias. La construcción de obras públicas y la explotación de servicios públicos con base en ella puede resultar una actividad económicamente interesante para el sector privado, por lo que en aplicación del principio de subsidiaridad, el Estado debe no sólo permitir sino propiciar que sea

dicho sector el que se ocupe de esa construcción y explotación. La figura jurídica de la concesión de obra pública con servicios públicos es, entonces, una manifestación de la necesidad de contar con recursos financieros externos al presupuesto gubernamental para la construcción y mantenimiento de las obras públicas. Se trata de que, en la medida de lo posible, los recursos públicos no sean invertidos en la infraestructura nacional, sino que se reorienten hacia otros ámbitos de acción propios de la función estatal, tales como educación, salud, justicia, etc. Y uno de los mecanismos para alcanzar este objetivo es el financiamiento de las obras públicas a través de la inversión privada. La filosofía que subyace en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos es, entonces, la racionalización del gasto público manifestada a través de la búsqueda de instrumentos financieros **alternativos** que permitan el cumplimiento de los fines públicos que orientan el actuar de la Administración Pública. Lo anterior, en el entendido de que el ahorro de recursos públicos en la construcción y mantenimiento de la infraestructura se traducirá en un incremento del bienestar social a través de su inversión en otras áreas estratégicas para el desarrollo adecuado de la comunidad nacional.

Este marco regulatorio más flexible, orientado en mucho hacia la atracción de la inversión privada en un área que tradicionalmente ha estado sujeta a los presupuestos nacionales, no es irrestricto. Al contrario, se encuentra sujeto a los controles propios del fin público al cual sirve, o sea, a la adecuada construcción de las obras y funcionamiento de los servicios respectivos.

En tanto es interés del Estado contar con recursos del sector privado para el desarrollo de obras y funciones que le son propias, la figura contractual de la concesión de obra pública con servicio público se ha caracterizado por un sistema de remuneración que surge de la explotación misma de la obra. El contrato se compone, entonces, de dos etapas: la construcción de la obra y la explotación del servicio respectivo. La contraprestación del concesionario radicará, básicamente, en el pago de las tarifas que realicen los usuarios del servicio durante el lapso de la explotación convenido en el contrato. De esta forma, la inversión realizada por el concesionario en la primera etapa del contrato, o sea en la construcción de las obras, es recuperada por él mediante la posterior explotación del servicio. Etapa esta última en la que los usuarios le cancelarán las tarifas respectivas por el uso del servicio en cuestión. Este elemento remuneratorio está presente en la definición misma de la concesión de obra: la remuneración final a cargo de los usuarios. Podría decirse que la remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere para percibir de los usuarios una tarifa mientras dure la concesión. La concesión de obra como la concesión de servicio público remunera al concesionario por los resultados de la explotación; la concesión es:

*"...un modo de ejecución de la obra consistente en que la Administración encarga la realización de la obra a un particular que, a diferencia del empresario en un contrato de obra, no es remunerado por medio de un precio, sino por otros mecanismos, particularmente por la explotación de la obra pública construida por él". A. de LAUBADERE: *Traité de Droit Administratif*, II, L.G.D.J. 1986, p. 297.*

En el mismo sentido, Tomás Ramón Fernández conceptualiza la concesión de obra como una:

*"...operación compleja cuyo elemento más importante no es propiamente la construcción de la obra en sí, sino, más bien, su explotación por el propio concesionario por tiempo limitado y mediante remuneración a través de las tarifas que la Administración concedente le autoriza a percibir de los usuarios". T. FERNANDEZ: "Las obras públicas", en *Revista de Administración Pública*, Ns. 100-102, diciembre 1983, p. 2462.*

Es de advertir, sin embargo, que el elemento de la remuneración ha sufrido un cambio en su concepción. Existe una tendencia a aceptar que el concesionario pueda recibir aportes, sobre todo subvenciones, de la Administración. Incluso se ha planteado que en la concesión de servicio público la Administración pueda asumir parte de la remuneración de los servicios que se delegan en el concesionario. Así como los riesgos que la concesión conlleva. Por ello, la forma típica de remuneración del concesionario a través de la explotación del servicio ha sido complementada mediante la posibilidad legal de que la Administración le otorgue aportes económicos o subvenciones como contraprestación. Al efecto, la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos dispone:

"Artículo 40. Contraprestación: Como contraprestación por las obras que realice y los servicios que preste, el concesionario, sin estar obligado a conceder exenciones a favor de ningún usuario, percibirá el precio, la tarifa o el aporte convenidos, así como los otros beneficios expresamente estipulados por el cartel.

Artículo 43. Aportes y contrapartidas otorgadas por la Administración concedente

El contrato podrá prever aportes y contrapartidas de la Administración concedente para construir y explotar las obras en concesión, tales como:

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

Los aportes económicos o subvenciones que percibe el concesionario como contrapartida por las obras y los servicios que preste, adquieren sentido siempre y cuando sirvan para financiar una parte, y no la totalidad, del objeto del contrato. De lo contrario, el objetivo de la Ley, cual es la atracción de la inversión privada para la construcción y mantenimiento de las obras públicas, se diluiría ante el financiamiento de la totalidad del proyecto con recursos públicos.

No debe olvidarse que detrás de la concesión de obra pública hay un negocio en el que una de las partes, el concesionario, persigue lograr la mayor retribución posible, mientras la otra parte, el Estado, persigue cumplir con los deberes que le son propios al menor costo posible; y preferiblemente, sin incurrir en gasto alguno. De allí, precisamente, la consideración de que el monto de los aportes económicos o subsidios que otorgue el Estado como contraprestación en las concesiones de obra pública sea parcial.

2-. *Un contrato intuitus personae*

El contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, como contrato administrativo que es, se define por ser de carácter personalísimo. El concesionario es seleccionado por la Administración en virtud de las características que lo califican para el desarrollo adecuado del objeto del contrato. La calificación de la Administración supone, entonces, que el concesionario cumple con los requerimientos técnicos necesarios y presenta la mejor oferta económica para dar cabal cumplimiento al contrato. De allí, precisamente, que el artículo 29 de la Ley General de Concesión con Servicios Públicos disponga que "*el contrato se adjudicará obligatoriamente al licitante que formule la mejor oferta económica de entre las declaradas técnicamente aceptables...*".

Es en razón de la naturaleza intuitus personae de la concesión que, una vez adjudicada la obra, le compete al concesionario desarrollar las actividades necesarias para llevarla a un final exitoso:

*"El carácter personalísimo del contrato es una característica propia de las concesiones. Al referirse al carácter intuitu personae del contrato de concesión, MAYER ha señalado: "[...] lo que hay de esencial en la empresa concesionaria que debe ser examinado, o que es esencial desde el punto de vista de la policía, y lo que es decisivo, para conceder o negarla (la concesión), son la persona del concesionario, o los recursos materiales que han de utilizarse en la empresa, o bien estas dos a la vez [...]" El carácter intuitu personae de la concesión, como lo destaca MARIENHOFF, tiene dos consecuencias fundamentales, a saber, en primer lugar, la concesión de servicio público debe ser ejercida personalmente por el concesionario (es decir, por su exclusiva cuenta y riesgo) y, en segundo lugar, no puede ser transferida o cedida sin autorización del concedente (Rafael Badell Madrid: **Régimen Jurídico de las Concesiones de Obras Públicas** y*

Servicios Públicos Nacionales, Badell & Grau Despacho de Abogados, Venezuela,
<http://badellgrau.com/opireqconc.html>)"

En tanto el concesionario es seleccionado por la Administración con ocasión de la calificación técnica y de la capacidad financiera que presenta para la ejecución de la obra y explotación de los servicios, debe proceder a ejecutar por sí mismo el objeto del contrato. Este carácter personalísimo de la contratación administrativa ha sido reafirmado por la Sala Constitucional:

"...una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de 'colaboración' o 'atribución', respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto intuitus personae. Así resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponden 'personalmente' al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; el principio intuitus personae entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas..." (Voto No. 5403-95 de las 16:06 horas del 3 de octubre de 1995).

Ahora bien, el carácter intuitus personae de la concesión de obra pública con servicios públicos determina la ilicitud de la transmisión de la concesión que se realice sin la respectiva autorización administrativa. Tal y como se ha mencionado, el concesionario ha sido seleccionado en virtud de las características técnicas, económicas y financieras de su oferta, por lo que la ejecución del contrato debe corresponderle al contratista de forma "personal". La cesión de la concesión a un tercero de forma unilateral constituye, entonces, una modificación substancial del contrato, que debe considerarse ilícita cuando no cuenta con la aprobación de la Administración concedente. Pero esta aprobación no puede ser emitida en ausencia de ley que la autorice:

" VII . De lo anterior se concluye que, del carácter intuito personae se deriva la prohibición de todo traspaso de las concesiones, o en su caso, establece la obligación de que, previa autorización mediante ley, se someta al consentimiento administrativo la cesión propuesta. En otras palabras, el concesionario carece de libertad para ceder su contrato a un tercero -en razón de que la titularidad de la acción corresponde a la Administración, de manera que la concesión únicamente transmite el derecho de

explotación del servicio público-; y en el mejor de los casos, esa transmisión dependerá de que el ordenamiento jurídico así lo permita, con la anuencia previa de la Administración." (Ibid).

B. LA CESIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

De forma previa al análisis de la cesión contractual en materia de concesión de obra pública, es necesario hacer referencia al concesionario entendido como sociedad anónima nacional y al financiamiento por capitalización establecida en el artículo 46 de la Ley No. 7762.

1. La Sociedad Concesionaria: presencia del adjudicatario

El inciso 1 del artículo 31 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos dispone que una vez adjudicado el contrato, el concesionario debe proceder a conformar una sociedad anónima nacional en el plazo de noventa días naturales, a partir de la firmeza del acto de adjudicación, a fin de que el contrato sea suscrito por la Administración con la referida sociedad anónima.

Se sigue de lo anterior que el adjudicatario no es quien recibirá la calificación de concesionario. Será, más bien, la persona jurídica conformada con la participación del adjudicatario en su capital social quien se constituirá en el "concesionario" una vez suscrito el contrato con la Administración. Al respecto, la Ley No. 7762 dispone:

"Artículo 31. Constitución de la sociedad anónima nacional

1...

2. Esta sociedad tendrá como objeto único y exclusivo la ejecución del contrato de concesión y le serán aplicables las normas del Código de Comercio. La sociedad deberá ser disuelta, una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella.

3...

4. En ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social..."

De esta forma la sociedad anónima adquiere el carácter de "concesionaria", en tanto es con ella con quien la Administración suscribe el contrato de concesión, no con el adjudicatario; razón por la cual es la sociedad quien se encuentra obligada a ejecutar las obras y prestar los servicios acordados en el contrato. Ahora bien, en resguardo del carácter *intuitus personae* de la concesión administrativa, el legislador estableció la obligación de que el adjudicatario cuente con una participación del cincuenta y uno

por ciento del capital social durante la vigencia del contrato. Es decir, que debe mantener un capital social que le permita dominar la sociedad. Esa participación social del adjudicatario en la sociedad pareciera configurarse como la garantía de la Administración de lograr el adecuado cumplimiento del contrato, sin olvidar la disposición específica que establece la responsabilidad solidaria del adjudicatario con la sociedad anónima en cuestión (inciso 1, artículo 31 de la Ley No. 7762).

Esta obligación del adjudicatario de constituir una sociedad nacional ha sido tradicionalmente exigida por diversos ordenamientos jurídicos:

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

*En general, el Estado concedente exige además que la sociedad disponga de un capital mínimo y prohíbe la venta de las acciones durante un cierto período de tiempo (como mínimo la duración de las obras). Ello implica que los adjudicatarios de la concesión seguirán siendo los dueños de las acciones de la sociedad concesionaria, lo que constituye una garantía no solamente para el Ministerio de Obras Públicas, sino también para los bancos de que seguirán implicados en el proyecto" (Dolores M. Rufián Lizana, **Manual de Concesiones de Obras Públicas**, Fondo de Cultura Económica, Chile, 1999, p. 81).*

La sociedad anónima así constituida, dentro del marco de la legislación actual, facilita además el cumplimiento contractual en tanto, entre otras cosas, permite la participación de terceros que puedan coadyuvar al financiamiento de las obras.

2. *Un financiamiento por capitalización*

La obligación de que el adjudicatario tenga una participación del cincuenta y uno por ciento en la sociedad concesionaria durante el plazo del contrato, se encuentra estrechamente relacionada con la autorización de que la sociedad recurra al financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción:

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

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

2. *El concesionario deberá comunicar a la Administración concedente cualquier modificación del capital social y permanentemente tendrá a disposición de ella y la Contraloría General de la República, el libro de accionistas al día."*

El financiamiento por capitalización autorizado por el legislador se otorga siempre bajo la premisa de que el adjudicatario debe ser propietario de al menos el cincuenta y uno por ciento del capital social. Premisa que se fundamenta en la necesidad de garantizar que el adjudicatario sea el socio mayoritario de la sociedad en cuestión y, por ende, pueda ejercer un control sobre ésta.

Pero, además, existe una razón práctica para permitir el financiamiento por capitalización durante la etapa de la construcción y es que ésta es la etapa de mayor riesgo para el concesionario, en tanto requiere de la inversión de significativas cantidades de recursos económicos y financieros. Por ende, es la etapa en la cual se necesita contar con los recursos necesarios para proceder a la construcción de las obras. La autorización de recurrir a la capitalización como medio de financiamiento es el reconocimiento, por parte del legislador, de la necesidad de enfrentar en forma solvente los grandes gastos que genera la construcción. El artículo 46 de la Ley tiende a flexibilizar la legislación sobre la materia, a fin de atraer la inversión privada hacia la construcción de obras públicas, dotando al concesionario de instrumentos jurídicos que le permitan obtener financiamiento durante la etapa que presenta el mayor desembolso económico.

Por el contrario, a diferencia de la etapa de construcción, la etapa de explotación de las obras se presenta como el período durante el cual el concesionario recupera la inversión realizada. Como se mencionó líneas atrás, generalmente la remuneración del concesionario se obtiene durante la etapa de la explotación del servicio, o sea, mediante el cobro de tarifas a los usuarios en razón del servicio que se les presta. De allí, precisamente, que el legislador al definir la figura del financiamiento por capitalización lo limite a la etapa de la construcción, sin que contemple dicho financiamiento para la etapa de la explotación, en la cual es de esperar que el concesionario esté recibiendo la remuneración por las obras realizadas.

3. *La cesión del contrato es diferente del financiamiento por capitalización:*

El Consejo Nacional de Concesiones cuestiona si dado que la Ley No. 7762 autoriza la capitalización de la sociedad mediante emisión accionaria hasta por un monto equivalente al cuarenta y nueve por ciento del capital de la sociedad, es posible interpretar que durante la etapa de explotación del contrato de concesión se pueda

traspasar la propiedad de la sociedad concesionaria mediante el contrato de cesión de acciones. En otras palabras, si el límite del cuarenta y nueve por ciento señalado en la ley se refiere de forma exclusiva a la etapa de construcción.

La interpretación que realiza el Consejo Nacional de Concesiones bien puede derivarse de la consideración de que la etapa de construcción es la de mayor responsabilidad para el concesionario; de allí, la importancia de que el adjudicatario continúe siendo el socio mayoritario de la sociedad. Como anteriormente se señaló, el adjudicatario fue seleccionado por la Administración concedente en razón de sus específicas calificaciones técnicas, económicas y financieras, por lo cual es importante que la construcción de las obras dadas en concesión sea realizada por el concesionario "*personalmente*". Por otra parte, la etapa de la explotación, a diferencia de la de construcción, es el medio común de remuneración del contratista y, aun y cuando subsisten serias responsabilidades en la prestación de los servicios concesionados, lo cierto es que el riesgo y la inversión requerida en esta etapa son relativamente inferiores al riesgo y la inversión necesaria para la finalización exitosa de la primera etapa. Pero, ¿ese menor riesgo justifica la posibilidad de que se traspase la sociedad concesionaria en la etapa de explotación?

La respuesta se halla en el objetivo de la venta de acciones autorizada en el artículo 46, así como en la naturaleza misma del contrato de concesión establecido en la Ley.

El financiamiento por capitalización se realiza a través de la venta de acciones, de modo tal que la autorización de esta última figura jurídica la tipificó el legislador en razón del fin al que sirve: la obtención de recursos económicos para la construcción de las obras. No se trata, como en otros ordenamientos jurídicos, del establecimiento de la cesión de acciones como instrumento para el traspaso de la concesión y sustitución del concesionario, sino únicamente como un medio para obtener recursos financieros para la construcción de la obra. Esta disposición parte entonces de la premisa de que al concesionario se le deben brindar los instrumentos necesarios para facilitarle el financiamiento de la obra, y uno de estos instrumentos es, precisamente, el financiamiento por capitalización, el cual, en todo caso, no puede sobrepasar el cuarenta y nueve por ciento autorizado por la Ley.

Desde esta perspectiva, el legislador costarricense si bien consideró la importancia de la inversión privada para la infraestructura del país, no estableció el contrato de concesión de obra con servicios públicos como un típico negocio financiero sino que, al contrario, procuró mantenerlo apegado al principio *intuitus personae* que tradicionalmente lo ha caracterizado. Conclusión esta última que se encuentra reforzada con la simple lectura del inciso 4 del artículo 31 de la Ley en el que, al establecerse la obligación del adjudicatario de constituir una sociedad anónima nacional para proceder a la firma del contrato de concesión con la Administración

concedente, se dispone que *"(e)n ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social"*.

Se desprende de lo anterior que no es procedente equiparar el financiamiento por capitalización con la cesión de la concesión mediante el traspaso de la totalidad de las acciones de la sociedad concesionaria a un tercero, que sustituye al concesionario en la titularidad de los derechos y obligaciones derivados de la concesión, ya que se trata de figuras jurídicas distintas.

El traspaso de la concesión no está autorizado en la legislación costarricense ni en la etapa de construcción, ni en la etapa de explotación. Y aquí sigue prevaleciendo el carácter personalísimo que define a la contratación administrativa. Así como la obligación del concesionario de ejecutar la concesión. Más aún, en ordenamientos jurídicos en los cuales se ha permitido el traspaso de la concesión a terceros, tales como en Chile y Venezuela, el carácter intuitu persona del contrato determina que la cesión del contrato sea un acto de excepción, que como tal, requiere de la autorización previa de la Administración concedente, y del cumplimiento por parte del nuevo concesionario, entre otros, de los requisitos establecidos en el cartel de licitación para ser adjudicatario. Así, en el caso chileno:

"La cesión del contrato constituye, obviamente, una excepción en el régimen del contrato de concesión puesto que éste tiene carácter personalísimo ya que en la adjudicación fueron consideradas las cualidades del contratista. Por esta razón, la cesión está expresamente limitada por la ley que en primer lugar exige autorización previa del MOP (Ministerio de Obras Públicas), y en segundo lugar, establece los requisitos que deben concurrir para evitar su utilización fraudulenta..." (D. RUFIAN LIZANA, op. cit., p. 157).

Por su parte, la legislación venezolana también autoriza la cesión del contrato de concesión previa autorización del Ejecutivo Nacional:

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

*Bajo el régimen de la Ley de Concesiones, el concesionario podrá ceder o transferir, desde el perfeccionamiento del contrato, la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria **previa autorización del ente concedente**. Si se hubiere constituido garantía sobre el contrato de concesión, se requerirá también de la aprobación escrita del acreedor prendario.*

En todo caso, la posibilidad de que el concesionario pueda ceder su contrato y las garantías que gravaren a éste, no desvirtúan el principio general: el contrato no puede ser cedido. En consecuencia, de acuerdo con el régimen de la Ley de Concesiones, la cesión voluntaria o forzosa de la concesión deberá ser total, comprenderá todos los derechos y obligaciones derivados del contrato y la persona jurídica que pretenda sustituirse en el concesionario, incluido el acreedor prendario, deberá reunir los requisitos establecidos para ser licitante, no podrá estar sujeta a inhabilidades y acreditará suficientemente su capacidad para cumplir las metas, plazos, especificaciones técnicas y demás obligaciones y requisitos fijados en el pliego de condiciones y en el contrato (artículo 35)." (Badell Madrid, Op. Cit.).

En el caso costarricense, el legislador no estableció la posibilidad de ceder el contrato de concesión vía contractual, aún y cuando sí estableció la posibilidad de que en caso de quiebra del concesionario los acreedores puedan adquirir, vía remate, el derecho de explotación de la concesión libre de todo gravamen. No obstante, para ser rematario, y siguiendo el carácter personalísimo que define la contratación administrativa, se requiere que *"...las empresas o los consorcios empresariales... cumplan con los requisitos indicados en el cartel de la concesión respectiva para ser concesionario"* (inciso 1:a, artículo 62). La sustitución del concesionario sólo puede operar en el supuesto excepcional que dicho artículo establece.

Con base en lo anterior debe afirmarse que la cesión del contrato de concesión es una excepción al principio *intuitus personae* que caracteriza la contratación administrativa y que, como tal, únicamente es procedente cuando se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico y de conformidad con los requerimientos que al efecto establezca el legislador. En el caso de Costa Rica, la cesión del contrato de concesión de obra pública a un tercero, mediante el traspaso de las acciones de la sociedad concesionaria no fue autorizada por en la Ley No. 7762, razón por la que cualquier traspaso de la concesión que realice una sociedad concesionaria deviene en ilegal y, como tal, se encontrará sujeto a los mecanismos de sanción propios establecidos en la legislación.

CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República:

1. El contrato de concesión de obra pública con servicios públicos es un contrato de carácter personalísimo.
2. Por dicho carácter, el artículo 31 de la Ley No. 7762 de cita obliga al adjudicatario a mantener una participación del al menos el cincuenta y uno por ciento del capital social de la sociedad concesionaria durante toda la vigencia del contrato. Lo que

implica que el adjudicatario debe dominar el capital social de la sociedad concesionaria.

3. El artículo 46 de la Ley No. 7762 permite el financiamiento de la sociedad concesionaria, en la etapa de construcción, mediante emisión accionaria hasta por un máximo del cuarenta y nueve por ciento del total del capital social efectivamente suscrito y pagado. El límite indicado está en relación con el porcentaje mínimo de capital social que debe mantener el adjudicatario.

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

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

De Ud. muy atentamente,

Dra. Magda Inés Rojas Chaves Licda. Georgina Inés Chaves Olarte

2. La Cesión en la Ley de Concesión de Obra Pública

[Procuraduría General de la República]^{viii}

25 de abril de 2003

Señora

Rocío Aguilar M.

Secretaria Técnica a.í.

Consejo Nacional de Concesiones

S. O.

Estimada señora:

Me refiero a su atento oficio N. 20030220 de 10 de abril último, por medio del cual da por retirado el oficio N. 20030210 de 7 del mismo mes y solicita el criterio de la Procuraduría General en relación con un proyecto de Decreto para reformar el Reglamento a la Ley de Concesión de Obra Pública con servicio público, en su artículo 45.

De previo al análisis de la reforma propuesta, procede señalar que el presente pronunciamiento se emite sin efectos vinculantes, en razón del objeto de la consulta. En efecto, ésta versa sobre el contenido de un proyecto de reglamento y como es sabido, la potestad reglamentaria de las leyes es competencia exclusiva del Poder Ejecutivo. La emisión de un reglamento ejecutivo entraña un poder de participación directo en la conformación del ordenamiento jurídico y esta creación normativa le corresponde al Ejecutivo en razón de su posición constitucional y administrativa. Por consiguiente, cuando se trate de reglamentar los principios y disposiciones contenidas en una ley, el órgano competente es el Poder Ejecutivo, según se desprende del artículo 140 inciso 3) de la Carta Magna. Se trata de una potestad constitucional sujeta a determinados límites. Entre éstos, el Texto Fundamental no contempla la sujeción a la función consultiva, con el objeto de determinar la regularidad jurídica de la propuesta. De esa competencia exclusiva a cargo del Poder Ejecutivo (Presidente de la República y Ministro, a tenor de lo preceptuado por el artículo 146 de la Constitución Política) se colige la imposibilidad de una función consultiva con efectos vinculantes a cargo de este Órgano Asesor.

De otra parte, el fondo de la materia objeto de análisis es de competencia exclusiva y excluyente de la Contraloría General de la República, al ser atinente a aspectos propios de la contratación administrativa.

Consecuentemente, y con un afán de colaborar con la Administración Pública, la Procuraduría General de la República verterá su criterio jurídico sobre el Proyecto de Reglamento que le fuera presentado, mas no a través de un Dictamen con efectos vinculantes, sino por medio de una Opinión Jurídica, que carece de vinculatoriedad.

Definidos los efectos de este pronunciamiento, corresponde referirse al fondo de la reforma. El proyecto de reforma tiene como objeto regular por vía reglamentaria la cesión del contrato de concesión de obra pública. El fundamento de la reforma se hace descansar en la aplicación supletoria de la Ley de la Contratación Administrativa. El problema es, esencialmente, de orden legal. El análisis de la Procuraduría se centrará en los siguientes puntos: La cesión del contrato como excepción al principio de intransferibilidad del contrato (A) y la aplicación supletoria de la Ley de Contratación Administrativa a la Ley de Concesión de Obra Pública.

A-. EL PRINCIPIO EN MATERIA CONTRACTUAL: EL CARÁCTER INTUITU PERSONAE DEL CONTRATO

En principio, el contrato administrativo es un contrato intuitu personae. En efecto, la regla general es que el contrato administrativo es un contrato personalísimo, lo que implica que las condiciones del contratante son determinantes para la selección administrativa. Una selección que debe estar orientada a la mejor satisfacción del interés público.

Al carácter personalísimo del contrato, se une el procedimiento de contratación. El procedimiento no es un fin, sino un instrumento para la selección de la mejor oferta y, por ende, del mejor cocontratante para la Administración Pública. La transferencia ilimitada del contrato podría favorecer que se violenten los principios que rigen la contratación administrativa, se desnaturalice el procedimiento de contratación y que la Administración se vea enfrentada a un cocontratante de quien desconoce sus condiciones y particularmente si cuenta con la capacidad para ejecutar el objeto del contrato, Por eso, el principio en la contratación administrativa es la intransferibilidad del contrato, salvo anuencia de la Administración. Permítansenos, al efecto, las siguientes citas:

"La intransferibilidad pertenece también a la naturaleza de los contratos administrativos.- Como hemos dicho, los contratos administrativos se celebran fundamentalmente intuitu personae. La Administración Pública no tiene libertad para contratar con cualquier persona la concesión de un servicio público, la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, la ocupación de un bien del dominio público, la colocación de un empréstito, etc.- Es necesario, antes que nada, solvencia económica en relación a la importancia de la obra o del servicio público a prestar. Luego, solvencia moral, ya que las obligaciones contraídas con la Administración Pública, por lo mismo que se vinculan con un fin público o pueden afectar una necesidad pública, deben cumplirse con absoluta lealtad y buena fe (...) interesa al Estado evitar toda clase de contratos con trust, cartels, holdings, etc., que en un momento dado pueden paralizar su actividad y afectar su seguridad exterior e interior, mediante maniobras de carácter financiero y económico" M. A, BERCAITZ: *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ediciones Depalma, 1980, p. 353.

"...Es que la persona del concesionario tiene para el Estado singular importancia, lo que se acentúa en los grandes contratos administrativos, como en las concesiones de servicios o de obras públicas o contratos de "peaje", en que el concesionario o constructor puede tener importante gravitación dentro de la economía y soberanía nacional en ciertos casos, además de acreditar y asegurar, dentro de lo posible, la mayor idoneidad del cocontratante, en el cumplimiento de la acción o prestación a que se obligó contractualmente..." J, CANASI: *Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, 1974, p. 464.

Tanto la concesión de obra pública como la concesión de servicios públicos reguladas por la Ley N. 7762 constituyen contratos administrativos. Por consiguiente, ambas concesiones son contratos intuitu personae. La concesión es, en efecto, un:

"acto dominado por el intuitu personae". A. de LAUBADERE, *Droit Administratif*, L.G.D.J., Paris, 1984, p. 672. En el mismo sentido, R, BIELSA: *Estudios de Derecho Público*, I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1950, p. 391.

Lo que significa que la elección por parte de la autoridad concedente debe darse respecto del oferente cuya competencia técnica y capacidad financiera garanticen la mejor ejecución de la obra pública o del servicio público, según se trate. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero, no autorizada administrativamente. Recuérdese que, en principio, constituye un derecho, pero también una obligación del contratista, el ejecutar el contrato (artículos 17 y 20 de la Ley de Contratación Administrativa).

Del carácter *intuitu personae* se deriva una prohibición de todo traspaso del contrato y, por ende de la concesión, o en su caso, la obligación de someter a autorización administrativa la cesión propuesta. Es decir, el concesionario *carece de libertad para ceder su contrato a un tercero*. En el mejor de los casos, y eso depende de que el ordenamiento lo permita, la cesión requerirá la autorización administrativa. La intransferibilidad que se predica del contrato administrativo es, entonces, consecuencia del carácter de *intuitu personae*. Y porque ello es así, la Administración debe tener el poder de decidir si, ante circunstancias excepcionales, admite una novación en el contrato, por cambio en la persona de su cocontratante. Este es el objeto del artículo 36 de la Ley de la Contratación Administrativa, que dispone:

"ARTICULO 36. Límites de la cesión. Los derechos y las obligaciones del contratista no podrán cederse sin la autorización previa y expresa de la Administración contratante, por medio de acto debidamente razonado.

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

La cesión del contrato implica la sustitución de la persona del contratista, por lo que el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente. Del numeral 36 antes transcrito, se deriva que la cesión no puede considerarse como uno de los derechos propios del cocontratante de la Administración. Por consiguiente, aquél no puede decidir ceder el contrato por su propia y exclusiva voluntad, imponiéndole un cambio de contratante a la Administración. Carece, en ese sentido, de un derecho de disposición. Por el contrario, la Administración tiene la facultad de decidir si acepta o no una propuesta de cesión, debiendo razonar su decisión. Por otra parte, aún contándose con la autorización de la Administración contratante, la cesión es limitada. Cuando exceda el cincuenta por ciento del objeto del contrato, requiere autorización del Órgano Contralor.

Otro límite legal a la cesión lo constituye el régimen de prohibiciones en materia contractual, establecido en el artículo 22 de la Ley.

Debe indicarse que el Reglamento de la Contratación Administrativa en su artículo 39, restringe la posibilidad de cesión. Ello en el tanto en que para que la Administración autorice una cesión deben existir "circunstancias de fuerza mayor u otras calificadas". La presencia de factores excepcionales hace que se considere que el interés público justifica la cesión del contrato. Además, es necesario que el cesionario pueda ser considerado como "apto para asumir los compromisos del contratista".

Estos criterios se encuentran presentes en la jurisprudencia constitucional. En sentencia N. 5403-95 de 16:06 hrs. de 3 de octubre de 1995, la Sala Constitucional manifestó:

"Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, según se esté en presencia de "colaboración" o de "atribución", respectivamente; dicho en otros términos, se trata de un acto *intuitu personae*. Así, resulta preponderante la elección de la autoridad concedente respecto del concesionario cuya competencia técnica y capacidad financiera y ética garanticen la mejor ejecución del servicio público. De ese carácter personalísimo de la contratación administrativa se desprende el corolario de que el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato le corresponden "personalmente" al concesionario, lo que no excluye la posibilidad de una transferencia de la concesión bajo ciertos supuestos. La confianza que le ha sido acordada por la Administración no puede ser alterada por una transmisión a tercero no autorizada administrativamente, motivo por el cual el concesionario está obligado a ejecutar por sí mismo la concesión; el principio *intuitu personae* entraña la ilicitud de las cesiones y subcontrataciones no autorizadas. Así, salvo el supuesto de que el ordenamiento jurídico lo permita y el contrato lo autorice "ab initio", sin autorización expresa de la Administración, el concesionario no puede "ceder" o "transferir el contrato, introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo; todos los contratos de la Administración se conciertan "intuitu personae", por lo que, por regla general, no se pueden ceder a terceros, ni transmitirse a los causahabientes los derechos y obligaciones que dimanen de ellos, sin autorización expresa de la Administración. Asimismo, tampoco puede, sin la autorización de la Administración Pública, subcontratar recibiendo la colaboración de un tercero. La necesidad de previa autorización en la transmisión *inter vivos* o *mortis causa* no es un requisito meramente formal, sino un requisito *ad solemnitatem*, ya que hacen ineficaz y sin efecto alguno para la propia Administración la transmisión que no cuenta con la anuencia de la Administración. De este modo, constituye una obligación fundamental del concesionario el ejercer por sí mismo la concesión, de ahí que el cambio de titularidad sin autorización administrativa previa y expresa constituye un grave incumplimiento de la concesión, que faculta para declarar la caducidad del contrato. *Estas limitaciones existen por sí mismas, en razón de la naturaleza de los contratos administrativos, por lo que no resulta necesario incluirlas en el contrato*". La cursiva no es del original.

Se afirma en los Considerandos del proyecto de reforma que nos ocupa, que la Ley de Concesión de Obra Pública no contempló el instituto de la cesión del contrato y que por ello se hace necesario la aplicación supletoria de la Ley de la Contratación Administrativa.

Del análisis del contenido de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicio Público se sigue que, efectivamente, el legislador no estableció expresamente la posibilidad de una cesión del contrato. Esa omisión obliga a determinar si el ordenamiento jurídico en materia de concesión, puede ser integrado con la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa en materia de cesión, o si, por el contrario, al no haberse expresamente contemplado la posibilidad de cesión, debe entenderse como prohibida, particularmente en razón de las condiciones establecidas por la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos en materia de constitución de la sociedad concesionaria.

B-. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El proyecto de reforma del Reglamento tiene como objeto la aplicación supletoria de la Ley de la Contratación Administrativa, en materia de cesión.

Dispone el artículo 64.3 de la Ley de Concesiones:

"Artículo 64. Disposiciones finales

(....).

3. En lo no previsto por esta ley, se aplicarán supletoriamente la Ley General de la Administración Pública, No. 6227, de 2 de mayo de 1978, y la Ley de la Contratación Administrativa, No. 7494, de 2 de mayo de 1995".

La concesión de obra pública constituye un contrato administrativo. Como tal es expresión de la función administrativa del Estado. Esa naturaleza justifica la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo en general, y en particular, de las leyes dirigidas a regular el accionar administrativo. De allí que, incluso en ausencia de una remisión normativa, podrían considerarse aplicables determinadas disposiciones de las leyes indicadas. Cabe recordar que conforme lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley General de la Administración Pública:

"1. El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.

2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios".

La concesión de obra pública constituye un contrato administrativo especial. Es por ello que en ausencia de una disposición específica en la Ley que lo regula, debe recurrirse a lo dispuesto en la Ley de la Contratación Administrativa (norma general en materia de contratación administrativa) y en lo que fuere procedente a la Ley General de la Administración Pública (artículos 64.3 transcrito y 3 de la Ley de Contratación Administrativa). Criterio que acogió la Procuraduría en el dictamen N. C-026-2000 de 14 de febrero de 2000:

"En ese orden de ideas, hay que agregar que si bien la Ley de Creación del Depósito Libre Comercial de Golfito y su reglamento omiten referirse al tema de la cesión de los derechos y obligaciones del concesionario, la Ley de Contratación Administrativa (n° 7494 de 2 de mayo de 1995) y su Reglamento (emitido mediante Decreto 25038 de 6 de marzo de 1996) resultan aplicables directamente al asunto, por así disponerlo el artículo 23 de la Ley 7012 ya citada. En dichos cuerpos normativos sí se prevé la posibilidad de realizar la cesión que interesa, pero se exigen para ello los siguientes requisitos: 1) que se cuente con la autorización previa y expresa de la Administración contratante 2) que esa autorización se manifieste por medio de un acto debidamente razonado, 3) que la cesión obedezca a circunstancias de fuerza mayor u otras muy calificadas, 4) que la cesión se autorice en beneficio del interés público, 5) que las condiciones personales y profesionales del virtual concesionario lo califiquen como apto para asumir los compromisos del contratista y, finalmente, 6) que se obtenga autorización de la Contraloría General de la República cuando la cesión corresponda a más de un 50% del objeto o del monto de lo contratado (artículo 36 de la Ley de Contratación administrativa en relación con el 39 de su reglamento).

En orden al Proyecto de Reglamento que nos ocupa, en lo atinente, deviene oportuno considerar que el artículo 31 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, dispone:

"ARTÍCULO 31. Constitución de la sociedad anónima nacional

1. El adjudicatario queda obligado a constituir, en un plazo máximo de noventa días naturales contados a partir de la firmeza del acto de adjudicación, una sociedad anónima con la cual será celebrado el contrato de concesión. Asimismo, será responsable solidariamente con esta sociedad anónima.
2. Esta sociedad tendrá como objeto único y exclusivo la ejecución del contrato de concesión y le serán aplicables las normas del Código de Comercio. La sociedad

deberá ser disuelta, una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella (...).

3. En ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social"

Dentro de la sociedad concesionaria, el adjudicatario debe tener y mantener la mayoría del capital social. Si bien el contrato de concesión se firma con la sociedad concesionaria, lo cierto es que el acto de adjudicación se dicta a favor de un adjudicatario y es respecto de ese adjudicatario, no de la sociedad concesionaria, que la Administración ha determinado la aptitud para ejecutar el contrato de concesión.

Como dijimos en el dictamen N C-243-2000 de 3 de octubre de 2000, la obligación de que el adjudicatario tenga una participación del cincuenta y uno por ciento en la sociedad concesionaria durante el plazo del contrato, se encuentra estrechamente relacionada con la autorización para que la sociedad recurra al financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción, regulada en el artículo 46 de la Ley:

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

1. Durante la etapa de construcción, cuando el concesionario decida financiarse por emisión accionaria podrá ofrecer hasta un cuarenta y nueve por ciento (49%) del total del capital de la sociedad efectivamente suscrito y pagado.
2. El concesionario deberá comunicar a la Administración concedente cualquier modificación del capital social y permanentemente tendrá a disposición de ella y la Contraloría General de la República, el libro de accionistas al día."

El adjudicatario debe buscar un socio para constituir la sociedad, pero debe mantener la mayoría del capital social. A su vez, la sociedad puede vender sus acciones como medio de financiarse, pero el adjudicatario debe conservar el 51% del capital social.

En el dictamen C-243-2000 de cita, la Procuraduría diferenció entre la cesión del contrato y el financiamiento por emisión de acciones, señalando:

"El financiamiento por capitalización se realiza a través de la venta de acciones, de modo tal que la autorización de esta última figura jurídica la tipificó el legislador en razón del fin al que sirve: la obtención de recursos económicos para la construcción de las obras. No se trata, como en otros ordenamientos jurídicos, del establecimiento de la cesión de acciones como instrumento para el traspaso de la concesión y sustitución del concesionario, sino únicamente como un medio para obtener recursos financieros para la construcción de la obra. Esta disposición parte entonces de la premisa de que al concesionario se le deben brindar los instrumentos necesarios para facilitarle el financiamiento de la obra, y uno de estos instrumentos es, precisamente, el

financiamiento por capitalización, el cual, en todo caso, no puede sobrepasar el cuarenta y nueve por ciento autorizado por la Ley.

Desde esta perspectiva, el legislador costarricense si bien consideró la importancia de la inversión privada para la infraestructura del país, no estableció el contrato de concesión de obra con servicios públicos como un típico negocio financiero sino que, al contrario, procuró mantenerlo apegado al principio *intuitus personae* que tradicionalmente lo ha caracterizado. Conclusión esta última que se encuentra reforzada con la simple lectura del inciso 4 del artículo 31 de la Ley en el que, al establecerse la obligación del adjudicatario de constituir una sociedad anónima nacional para proceder a la firma del contrato de concesión con la Administración concedente, se dispone que "*(e)n ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social*".

Se desprende de lo anterior que no es procedente equiparar el financiamiento por capitalización con la cesión de la concesión mediante el traspaso de la totalidad de las acciones de la sociedad concesionaria a un tercero, que sustituye al concesionario en la titularidad de los derechos y obligaciones derivados de la concesión, ya que se trata de figuras jurídicas distintas.

(...) El traspaso de la concesión no está autorizado en la legislación costarricense ni en la etapa de construcción, ni en la etapa de explotación. Y aquí sigue prevaleciendo el carácter personalísimo que define a la contratación administrativa. Así como la obligación del concesionario de ejecutar la concesión....

En el caso costarricense, el legislador no estableció la posibilidad de ceder el contrato de concesión vía contractual, aún y cuando sí estableció la posibilidad de que en caso de quiebra del concesionario los acreedores puedan adquirir, vía remate, el derecho de explotación de la concesión libre de todo gravamen. No obstante, para ser rematario, y siguiendo el carácter personalísimo que define la contratación administrativa, se requiere que "*...las empresas o los consorcios empresariales... cumplan con los requisitos indicados en el cartel de la concesión respectiva para ser concesionario*" (inciso 1:a, artículo 62). La sustitución del concesionario sólo puede operar en el supuesto excepcional que dicho artículo establece..."

Con base en lo anterior debe afirmarse que la cesión del contrato de concesión es una excepción al principio *intuitus personae* que caracteriza la contratación administrativa y que, como tal, únicamente es procedente cuando se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico y de conformidad con los requerimientos que al efecto establezca el legislador. En el caso de Costa Rica, la cesión del contrato de concesión de obra pública a un tercero, mediante el traspaso de las acciones de la sociedad concesionaria no fue autorizada por en la Ley No. 7762, razón por la que cualquier traspaso de la concesión que realice una sociedad concesionaria deviene en ilegal y,

como tal, se encontrará sujeto a los mecanismos de sanción propios establecidos en la legislación". La cursiva no es del original.

De lo antes transcrito, interesa resaltar los siguientes puntos:

- La Procuraduría reafirma el carácter personalísimo del contrato de concesión de obra pública: es un contrato intuitu personae. Lo que implica que sólo puede ser transferido en los supuestos en que el ordenamiento lo establece.
- Se considera que la Ley de Concesiones de Obra Pública no contempló expresamente la cesión del contrato.
- Se estimó que, en principio, al tratarse de un instituto excepcional y al no estar expresamente contemplado en dicha Ley, la cesión del contrato de concesión resultaría ilegal.
- La Procuraduría no se ha pronunciado expresamente sobre la posibilidad de integrar el ordenamiento en materia de concesiones con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa, la cual sí regula la figura de la cesión.

Hemos indicado que la imposibilidad de que el financiamiento por emisión accionaria sobrepase el 49 % del capital social, tiene su origen en el carácter intuitu personae de la concesión. Para mantener dicho carácter se requiere que el concesionario "domine" la sociedad concesionaria, manteniendo la titularidad de la mayoría del capital social. Pero, ¿significa esa limitación que en ningún caso puede el adjudicatario y la sociedad concedente acudir a un contrato de cesión?

Sobre este punto, cabe reiterar que los supuestos establecidos en los artículos 31 y 46 son distintos a la cesión del contrato. Procede agregar que en la medida en que la Ley obliga a constituir una sociedad concesionaria, la Ley está permitiendo que otras personas distintas del concesionario participen directamente en la concesión. Ello en el tanto en que en nuestro sistema la sociedad comercial no puede ser constituida por un único socio (artículo 104, a) del Código de Comercio). Si la Ley recurre a la constitución de la sociedad, es con el objeto de facilitar un financiamiento por el mercado. Ese financiamiento se rige por las normas del Código de Comercio y por las regulaciones que hayan sido emitidas por las autoridades financieras del país. Escapa a la Administración concedente regular la emisión accionaria. En efecto, su facultad está limitada a controlar que los porcentajes legales no sean excedidos, de manera de asegurarse que el adjudicatario mantenga el dominio de la sociedad. De no establecerse un porcentaje mínimo en manos del adjudicatario, bien podría suceder que la Administración encuentre que su cocontratante es una persona muy diferente a aquélla a quien valoró en el procedimiento de contratación, valoración que la condujo a adjudicarle el contrato.

Podría argumentarse que es más factible que esa situación se presente con la cesión. Ello en el tanto en que el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones que corresponden al cedente. Es de advertir, sin embargo, que aún cuando en la cesión total se produce un cambio en la persona de una de las partes, lo cierto es que el concesionario no puede proceder a ceder sus derechos y obligaciones sin autorización administrativa. Esa autorización no constituye una simple formalidad. Antes bien, la Administración sólo puede acordarla ante circunstancias excepcionales y está obligada a apreciar si el cambio de concesionario, en razón de sus cualidades, satisface o no el interés público. Por otra parte, si la cesión sobrepasa el 50 %, se requiere la autorización de la Contraloría General de la República. Por el contrario, en el financiamiento por emisión de acciones no ha sido previsto que la Administración pueda "autorizar" ni la emisión misma, ni mucho menos quién compra las acciones emitidas. Por consiguiente, no puede apreciar quién es su verdadero cocontratante. En su caso, le está excluido apreciar si las acciones son adquiridas por personas o empresas que tienen prohibición para contratar con ella.

C-. EL PROYECTO DE REFORMA

Definido que es posible la aplicación supletoria del artículo 36 de la Ley de la Contratación Administrativa y, por ende, la posibilidad de una cesión del contrato de concesión, procede analizar la propuesta de modificación del artículo 45 preparada por el Consejo de Concesiones.

Dispondría el artículo 45.3 del Reglamento a la Ley:

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

La propuesta de reglamentación es conforme con el artículo 36 en cuanto la cesión requiere la autorización previa de la Administración, la cual debe razonar su acto. Se dispone, además, que la cesión solo opera en circunstancias excepcionales, en tanto se trate de razones de interés público muy calificadas, en caso de fuerza mayor o de caso fortuito. Se permite, además, la cesión del 51% del capital social de la sociedad concesionaria, previa autorización de la Contraloría General de la República, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 36 de La Ley.

CONCLUSIÓN:

Por lo antes expuesto, es criterio no vinculante de la Procuraduría General de la República, que:

1-. La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos no autoriza, en forma expresa, la cesión de la concesión.

2-. No obstante, en virtud de lo dispuesto en su artículo 64.3, resulta aplicable la regulación establecida en el artículo 36 de la Ley de Contratación Administrativa.

3-. Conforme lo cual, la cesión debe ser autorizada previamente por la Administración concedente, por medio de una decisión razonada.

4-. Dado que la cesión de la concesión como contrato administrativo es excepcional, la autorización administrativa sólo puede ser extendida cuando se satisfaga plenamente el interés público y ante circunstancias excepcionales cuya calificación corresponde a la Administración. De cederse más del 50 % del objeto del contrato o del monto de lo contratado, la cesión debe ser autorizada por la Contraloría General de la República. En ese sentido, considera la Procuraduría que los artículos 45.3, 45.4 y 45.5 del Proyecto de Reglamento, son conformes con lo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y no vulneran los principios de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

5-. En el caso del financiamiento por capitalización durante la etapa de construcción, en tanto figura distinta a la cesión de la concesión –se reafirma- debe estarse a lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley de Concesión de Obras Públicas.

De usted con muestras de mi más alta consideración,

Farid Beirute Brenes

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.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 18 de 18 del 20/02/2012. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

^{iv} ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7762 del catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho. **Ley General de Obras Públicas con Servicios Públicos**. Vigente desde: 22/05/1998. Versión de la norma 5 de 5 del 17/12/2008. Publicada en Gaceta N° 98 del 22/05/1998, Alcance: 17.

^v SANTOS CASTRO. Ana Marcela. (2004). **La Garantía Bajo el Modelo de Financiamiento de Proyectos y la Cesión en Contratos de Concesión de Obras Públicas**. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. San Pedro de Montes de Oca, San José, Costa Rica. Pp 104-132.

^{vi} SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 839 de las diez horas con diez minutos del trece de agosto de dos mil nueve. Expediente: 08-000204-0161-CA.

^{vii} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen 243 del 03/10/2000.

^{viii} PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: 67 - J del 25/04/2003.