

LA SOCIEDAD ANÓNIMA NACIONAL O CONSECIONARIA REGULADA POR LA LEY GENERAL DE CONCESION DE OBRAS PÚBLICAS CON SERVICIOS PÚBLICOS

*Licda. Tatiana González González
Especialista en Derecho Notarial y Registral
Dedicado a mi profesor, colega y amigo,
Dr. Gastón Certad Maroto*

Sumario

Introducción

Características de la S.A.N.C.

- a) Carácter Intuitu Personae o Personalísimo del Contrato de Concesión*
- b) Constitución de la S.A.N.C. y Suscripción del Contrato de Concesión*
- c) Inscripción de la S.A.N.C.*
- d) Modificaciones al pacto constitutivo de la S.A.N.C.*
- e) Responsabilidad ilimitada o Solidaria del Adjudicatario con respecto a la S.A.N.C.*
- f) Objeto Social*
- g) Plazo Social*
- h) Suscripción y Pago del Capital Social de la S.A.N.C.*
- i) Limitaciones del Capital Social de la S.A.N.C.*
- j) Disolución de la S.A.N.C.*
- k) La quiebra y el remate de la Sociedad Anónima Nacional o Concesionaria*
- l) La cesión de derechos y obligaciones del concesionario*
- m) Subcontrataciones*

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

La Sociedad Anónima Nacional o Concesionaria (a continuación escrita bajo la siguiente abreviatura **S.A.N.C.**) es la sociedad a la que queda obligado a constituir el adjudicatario, por disposición expresa de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (a continuación escrita bajo la siguiente abreviatura **LGCOPSP**), a saber: *“Artículo 31. Constitución de la sociedad anónima nacional. El adjudicatario queda obligado a constituir, en un plazo 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 (...) le serán aplicables las normas del Código de Comercio.”*¹

Esta figura societaria especial es el híbrido producto de una mezcla de normativa del Derecho Privado y del Derecho Público, en donde resultan necesarias las normas del Código de Comercio referidas a las sociedades anónimas, pero de manera supletoria a las regulaciones dispuestas por la LGCOPSP sobre el contrato de concesión de obras públicas con servicios públicos y la S.A.N.C..

Ésta viene siendo una sociedad anónima común y corriente, según la entendemos dentro de nuestra legislación mercantil en los artículos 102 y siguientes que, no obstante, por encontrarse dentro del ámbito del Derecho Público, cuenta con regulaciones específicas y exclusivas impuestas por medio de la LGCOPSP y su Reglamento, desviándose del concepto habitual de sociedad anónima, con el fin de que ésta funcione dentro del contexto de un contrato de concesión de obras públicas con servicios públicos.

¹ El artículo 45 del Reglamento a la LGCOPSP también regula la creación de esta sociedad anónima especial.

Pero además de estas dos normas específicas y otras dispersas dentro de la LGCOPSP y su respectivo Reglamento, la S.A.N.C. se encuentra regulada por los términos del cartel de licitación, sus circulares aclaratorias, la oferta que haya presentado el licitante adjudicatario y el mismo contrato de concesión suscrito entre las partes.²

Es por ello que a los contratos, producto de la LGCOPSP, se les ha caracterizado como contratos de adhesión, donde el concesionario tan solo se apega a las disposiciones impuestas por la Administración, sin contribuir en la determinación del contenido del contrato, ya que lo que se pretende proteger por medio de las disposiciones legales y administrativas predeterminadas es el interés público y no el interés del concesionario, sin que ello signifique un quebranto de los derechos del concesionario como contraparte del contrato de concesión, también regulados por la legislación comentada.

En esta investigación se pretende estudiar los contrastes entre ambas sociedades, la mercantil y la concesionaria, denotando las similitudes que permiten la aplicación supletoria del Código de Comercio, pero más importante aún las características especiales y únicas de ésta última establecidas en la LGCOPSP, con el fin de entender perfectamente su funcionamiento.

Características de la S.A.N.C.

Resulta necesario aclarar, de primera entrada, que el sujeto reconocido como el concesionario, para efectos del contrato de concesión, no es el adjudicatario de la licitación, haya sido éste una persona física, empresa individual o consorcio, sino que el concesionario y el obligado a ejecutar el convenio, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es la S.A.N.C. constituida por tal adjudicatario. De la lectura del artículo 31 recién mencionado, así como del artículo 30 del mismo cuerpo

² Artículo 4 de la LGCOPSP.

normativo se extrae dicha afirmación: *“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.”*

Lo anterior es enunciado de igual manera por Badell Madrid: *“Se sigue de lo anterior, que el adjudicatario no ha de hacer las veces de concesionario en la relación contractual, sino que ha de participar en la constitución de una persona moral interpuesta que, en definitiva, será la que figurará con tal carácter en el contrato.”*³

Es decir, el contrato se suscribe y formaliza con dicha sociedad y no con el adjudicatario, (elegido por la Administración como contratista, para la explotación de la concesión respectiva), quien sí debe permanecer, obligatoriamente, dentro de la sociedad concesionaria como accionista mayoritario durante toda la vigencia del contrato, debiendo controlar, como mínimo, un 51% del total del capital social, resguardando así el carácter *intuitu personae* o personalísimo del contrato.

Asimismo, el adjudicatario queda, necesariamente, ligado a la vida jurídica de la sociedad concesionaria al existir de su parte responsabilidad solidaria con respecto a la concesión, es decir, tanto el adjudicatario como la SANC se reputan como deudores de todas las obligaciones contractuales adquiridas en la ejecución contractual, por lo que es posible para la Administración concedente dirigirse contra el adjudicatario y/o contra la S.A.N.C. indistintamente, o bien contra ambos a la misma vez.

Todo lo anterior es confirmado por el dictamen C-243-2000 de la Procuraduría General de la República, la cual manifestó: *“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*

³ BADELL MADRID (Rafael), Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela. Caracas – Venezuela, 2002, página 145.

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".⁴

a) *Carácter Intuitu Personae*⁵ o *Personalísimo del Contrato de Concesión*

El contrato de concesión de obra pública con servicios públicos, como contrato administrativo que es, se define por ser de carácter personalísimo. En este sentido, el adjudicatario y posterior concesionario (la S.A.N.C. en estudio), es seleccionado por la Administración concedente en virtud de las características específicas que lo califican como el oferente más preparado y capacitado para el adecuado desarrollo del objeto del contrato.

La calificación de la Administración supone, entonces, que el concesionario es elegido en razón de que cumple cabalmente con los requisitos técnicos, económicos y profesionales necesarios para llevar a cabo el contrato y presenta la mejor oferta económica para dar cabal cumplimiento al contrato. De allí, precisamente, que el artículo 29 de la LGCOPSP disponga que "*el contrato se adjudicará obligatoriamente al licitante que formule la mejor oferta económica de entre las declaradas técnicamente aceptables(...)*".

⁴ Procuraduría General de la República, oficio número C-243-2000, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el día 3 de octubre de 2000.

⁵ Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, intuitu personae es una locución latina que significa: "por consideración a la persona, no por sus cualidades individuales; no por mero interés. Hace referencia a aquellos actos o contratos que se celebran en especial consideración de la persona con quien se obliga. OSSORIO (Manuel), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., tercera edición, 2004, página 507.

El carácter *intuitu personae* de la concesión acarrea dos consecuencias fundamentales para efectos de la ejecución del respectivo contrato. En primer lugar, implica que la concesión debe ser ejercida personalmente por el concesionario, es decir por su exclusiva cuenta y riesgo. En segundo lugar, significa que la confianza, depositada sobre el concesionario por parte de la Administración concedente, no puede ser perturbada por una cesión a un tercero, sin que se cuente con la debida autorización administrativa. La idea básica englobada por el carácter personalísimo del contrato es que la persona elegida por la concedente, en razón de sus aptitudes superiores a las de cualquier otro oferente, se mantenga a cargo de la concesión durante toda la ejecución del contrato y de esta manera, evitar que la Administración se vea enfrentada a una contraparte contractual de quien desconoce sus condiciones y referencias, y más importante aún, que no cuente con la capacidad necesaria para ejecutar el objeto del contrato.

Asimismo, este carácter personalísimo de la contratación administrativa ha sido reafirmado por la Sala Constitucional: *“Así, una característica típica de la contratación administrativa es que crea una obligación o un derecho personal a cargo o a favor del contratante, (...); 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.*⁶

Al carácter personalísimo del contrato de concesión se le une la importancia de que se lleve a cabo un procedimiento de licitación y adjudicación adecuado, apegado estrictamente a las normas que lo regulan, de manera que se garantice la selección del oferente más capacitado e idóneo para la ejecución del contrato. Tal oferente adjudicatario será quien deba cumplir con el deber de constituir la S.A.N.C., sobre la cual recaerá finalmente el carácter personalísimo del contrato. Es decir, esta sociedad reconocida como concesionaria, es la llamada a ejecutar el contrato a cuenta y riesgo propio, sin poder cederlo a terceros a menos que cuente con la autorización de la Administración.

Los autores Ortiz Zamora y Muñoz Herrera señalan que dicha S.A.N.C. lo que realmente hace es asumir los derechos y obligaciones, nacidos del acto de adjudicación y del posterior perfeccionamiento de la relación contractual, a favor del adjudicatario, toda vez que el acto de adjudicación se dicta a favor de un adjudicatario y es respecto de ese sujeto, y no de la sociedad concesionaria, que la Administración concedente ha determinado la aptitud para ejecutar el contrato de concesión específico.⁷ Entonces, el adjudicatario recibe los derechos y deberes por parte de la Administración mediante el acto de adjudicación y éste a su vez, los deposita sobre la S.A.N.C., quien ejecutará el contrato guiado por el carácter intuitu personae. En otras palabras, decir que la S.A.N.C. asume los derechos y obligaciones nacidos del acto de adjudicación significa que ésta se hace cargo o acepta derechos y obligaciones pre-existentes del adjudicatario, obtenidos de conformidad con las bases del procedimiento de licitación pública tramitado, y de esa manera, se convierte en la responsable del cumplimiento contractual.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto 5403 – 2005 de las 16:06 horas del 3 de octubre de 1995.

⁷ ORTIZ ZAMORA (Luis) y MUÑOZ HERRERA (Daniel), “Particularidades de la sociedad Anónima nacional o concesionaria”, en *Iustitia*, N° 219-220, marzo- Abril 2005, Año 19, página 40.

Por su parte, el ordenamiento jurídico costarricense, en su afán de resguardar el carácter personalísimo del contrato de concesión, dispuso en el artículo 31 punto 4 de la LGCOPSP que *“en ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento del capital social,”*, obligándolo a dominar el manejo de la sociedad anónima nacional y a mantener la titularidad de la mayoría del capital social durante toda la vigencia del contrato, para asegurar que la concesión permanezca siempre en manos de quien resultó adjudicatario mediante el procedimiento de licitación.

b) Constitución de la S.A.N.C. y Suscripción del Contrato de Concesión⁸

Una vez que se otorga la concesión a favor de un particular, éste recibe el nombre de adjudicatario y sobre él recaen varias obligaciones previas al inicio de la ejecución del contrato, las cuales resultan indispensables para ese fin. Tales obligaciones son, entre otras, el deber de constituir e inscribir, en el respectivo Registro de Personas Jurídicas, la S.A.N.C. con la cual se suscribirá el contrato de concesión con la Administración.

Para estos efectos, la LGCOPSP dispone que a partir del día en que quede firme el acto de adjudicación a favor del oferente que haya presentado la mejor oferta, éste, ya en calidad de adjudicatario, contará con un plazo máximo de noventa días para constituir dicha sociedad anónima, lo cual resulta de suma importancia ya que será con esta sociedad con la cual se suscribirá el contrato de concesión y no con el adjudicatario per se. De este modo, tal sociedad será considerada, desde la celebración de dicho contrato, el concesionario y por ende, el responsable de las obras a construir, de su explotación conforme a lo pactado y en general, de la debida ejecución del convenio.

⁸ Artículos 30 y 31 de la LGCOPSP.

Por otro lado, el contrato de concesión deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República (CGR), como órgano fiscalizador del mismo, y para ello dispondrá de un plazo máximo de hasta treinta días hábiles, los cuales se computarán desde el día en que tal entidad reciba dicho documento. Con el refrendo se pretende que la CGR revise minuciosamente los términos pactados, de manera que éstos no violenten el ordenamiento jurídico costarricense y específicamente, la LGCOPSP y su respectivo Reglamento.

Es muy importante señalar que la CGR ha interpretado del artículo 31 de la ley en análisis lo siguiente: *“Nótese que el artículo 31 en cuestión es absolutamente claro en cuanto a que el adjudicatario debe constituir una sociedad en los términos previstos. Es decir, la Ley ordena con total precisión que se debe crear una nueva sociedad, no modificar otra que nació a la vida jurídica para otros efectos. Esta exigencia legal no es un aspecto prescindible, pues fue contemplado para asegurar una mayor transparencia del negocio a ejecutar”* (el subrayado es del autor).⁹

En este sentido, no es posible para un adjudicatario tomar una sociedad anónima ya existente conforme a las normas del ordenamiento jurídico costarricense, que se encuentre inscrita en la Sección de Personas Jurídicas del Registro Nacional, y haya sido creada para otros efectos ajenos a la concesión, y convocar una Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la misma, con el fin de modificar las cláusulas de su pacto social y ajustarlas a los términos exigidos por la Administración concedente y la legislación respectiva. Esta exigencia es bastante razonable, en aras de garantizar que la sociedad concesionaria no tendrá, desde el inicio del contrato de concesión, deudas ni obligaciones previas de cualquier tipo que puedan entorpecer el desarrollo de la concesión y la satisfacción del interés público, y de esa manera, pueda centrar

⁹ Contraloría General de la República, Oficio N° 01877 del 22 de febrero de 2002, DI-AA-516, dirigido al Licenciado Ricardo Cordero V., Viceministro de Obras Públicas y Secretario Técnico a.i. del Consejo Nacional de Concesiones.

toda su atención al objeto único y exclusivo de la sociedad anónima concesionaria, cual es la ejecución del contrato de concesión.

En cuanto a la constitución de esta S.A.N.C., ni la LGCOPSP ni su Reglamento definen la forma ni los requisitos de constitución de la misma, por lo que se debe aplicar las disposiciones del Código de Comercio para tal constitución, con apego estricto a las restricciones que al efecto impone el cartel de licitación y la Ley número 7762.¹⁰

c) Inscripción de la S.A.N.C.

Al igual que las sociedades anónimas ordinarias, la vida jurídica misma de la S.A.N.C. depende de su relación con el Registro Público, es decir de su inscripción y constante actualización del pacto social, conforme éste se modifique. De acuerdo con el artículo 19 del Código de Comercio *“La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil.”*

Así que la constitución de la S.A.N.C. debe ser inscrita en dicho Registro, existiendo en la LGCOPSP una serie de beneficios a favor del adjudicatario para dicha inscripción. Tales beneficios son la exoneración del pago de los impuestos y derechos de inscripción del registro. De igual manera, los honorarios del notario público que haya otorgado la escritura serán negociados por las partes, tanto la Administración como el adjudicatario, y éstos no podrán exceder del veinticinco por ciento (25%) de los porcentajes fijados en la tabla de cobro de honorarios.

¹⁰ Esto de conformidad con el artículo 31 punto 2 de la LGCOPSP, el cual indica que a esta sociedad le *“serán aplicables las normas del Código de Comercio”*. Se aplicaría lo dispuesto por el artículo 18 del Código de Comercio, donde se establecen los requisitos que debe contener la escritura constitutiva de toda sociedad anónima.

Es importante señalar que el Código de Comercio le otorga personalidad jurídica a las sociedades inscritas en el Registro Mercantil, por disposición del artículo 20, lo cual se hace extensivo a la S.A.N.C. y la convierte en centro de imputación de derechos y obligaciones, los cuales adquiere al suscribirse el contrato de concesión con ella, y no con el adjudicatario que efectivamente la constituyó.

d) Modificaciones al pacto constitutivo de la S.A.N.C.

Otra de las características especiales que posee la S.A.N.C. se refiere a la forma en que puede efectuar modificaciones a su pacto constitutivo. Mientras que en las sociedades anónimas ordinarias se encuentra una absoluta libertad para realizar estas modificaciones cuando así lo deseen sus socios, con tan solo convocar a una Asamblea General Extraordinaria de Socios, discutir la reforma y votarla, en las S.A.N.C. la situación es algo distinta.

Debe recordarse que la Administración concedente posee superioridad jurídica sobre el concesionario con el fin de guiar el contrato a la consecución del interés general perseguido. En este sentido, ostenta las potestades de fiscalización, dirección y control sobre el desarrollo del proyecto con lo que tiene el deber de prestar atención a cualquier cambio o modificación que pretenda el concesionario sobre la sociedad, estudiar su viabilidad legal y práctica, para finalmente autorizarla. Sin dicha autorización, el concesionario no puede realizar ningún cambio a las cláusulas del pacto social. Claramente este es un control que no conocen los accionistas de las sociedades anónimas del Código de Comercio donde priva la autonomía de la voluntad negocial, sin reconocer intervenciones externas a la sociedad que condicionen o limiten esa libertad y poder de decisión.¹¹

¹¹ Algunos ejemplos de la fiscalización de la Administración concedente y de la CGR sobre las modificaciones al pacto social de la sociedad anónima nacional son: 1) Con respecto al capital

e) Responsabilidad ilimitada o Solidaria del Adjudicatario con respecto a la S.A.N.C.

En las sociedades anónimas regulares el socio responde ante cualquier responsabilidad, deuda u obligación de manera limitada al monto de su aporte, no siendo posible para los acreedores o para algún interesado legitimado para efectuar reclamos, perseguir a los socios por el monto total adeudado, sino tan solo por dicho aporte, con lo que éstos pueden proteger su patrimonio personal ante sus acreedores.

No obstante, esta separación entre la responsabilidad de los socios con la de la sociedad no se encuentra presente, como sucede en las sociedades anónimas ordinarias, en la S.A.N.C.. Dispone la LGCOPSP en su artículo 31 inciso primero que el adjudicatario "será responsable solidariamente con esta sociedad anónima." En un mismo sentido, el artículo 27 inciso 3 manifiesta esta misma responsabilidad del consorcio adjudicatario con respecto a la sociedad anónima nacional: *"Las partes en consorcio responderán, en forma solidaria, ante la administración concedente, por todas las consecuencias derivadas de su participación en el consorcio y de este en el contrato."* Con estas disposiciones se elimina totalmente la responsabilidad limitada en una S.A.N.C. de la cual, normalmente, gozan los socios de las sociedades anónimas regulares. En este sentido, el adjudicatario

social de esta sociedad, no solo se determina en el cartel de licitación por parte de la Administración concedente mucho antes de la constitución societaria por parte del adjudicatario, sino que también es regulada año a año por dicho ente siendo ésta quien autorice un aumento o disminución de capital (art. 31.3 de la LGCOPSP); 2) La absoluta libertad de transmisión de las acciones por parte de los socios de las sociedades anónimas ordinarias es limitada en la concesionaria en, por lo menos, el 51% del capital social, lo cual representa la tenencia mínima obligatoria del adjudicatario; 3) respecto al plazo de la S.A.N.C., está directamente relacionado con el objeto de la concesión, debiendo disolverse ésta al conseguirse aquel. Por ende, es un plazo determinado y dependiente de la existencia de la concesión, por lo que si se prorroga el plazo de la concesión, se deberá necesariamente prorrogar el plazo de la sociedad anónima nacional y esto requerirá autorización previa de la Administración.

tiene tanto responsabilidad ilimitada como responsabilidad solidaria con respecto a la S.A.N.C.¹²

f) Objeto Social

Otra de las características especiales de la S.A.N.C. con respecto a la sociedad anónima del Código de Comercio recae sobre el objeto social¹³ que persigue. El objeto social es una de las cláusulas esenciales del pacto social porque las actividades que la sociedad va a desarrollar constituyen la razón de su creación, el motivo de su existencia y, al momento de constituirse una sociedad comercial se debe expresar, en su documento constitutivo, el motivo por el cual surge al mundo esta nueva persona jurídica. En cierta forma, determina los límites internos de la personalidad jurídica de una sociedad de cualquier tipo.

Por su parte, tanto el artículo 31.2 de la LGCOPSP como su Reglamento en el artículo 45.1, establecen el objeto a perseguir por parte de la S.A.N.C. de la siguiente manera: *“Esta sociedad tendrá como objeto único y exclusivo la ejecución del contrato de concesión (...)”*. Consecuentemente, cualesquiera actos o contratos que escapen de la consecución de ese objeto específico deviene en nulo, es decir, cualquier accionar del concesionario que no esté ligado a la ejecución del contrato de concesión se tendrá por ineficaz e inexistente.

Esta es, quizás, la característica especial de la S.A.N.C. más importante, ya que esta delimitación del objeto social remite todo el existir de la misma a un

¹² La responsabilidad ilimitada es aquella que se manifiesta sin límite con respecto al patrimonio del deudor, por lo que el acreedor puede perseguir la totalidad del mismo, incluyendo los bienes presentes y futuros. Por su parte, la responsabilidad solidaria es la que agrupa a los socios para responder en forma conjunta y simultánea ante el acreedor o en forma individual, ya sea por la totalidad de la deuda derivada de una obligación, o cada uno por la parte alícuota del monto adeudado que le corresponda.

¹³ Es decir, la actividad a que va a dedicarse la sociedad.

contexto específico: el contrato de concesión de obras públicas y de obras públicas con servicios públicos.

Pareciera que el legislador costarricense se inspiró para esta norma en el principio de *ultra vires* utilizado en la doctrina del Derecho Anglosajón. Tal principio se puede definir como “*el principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad administrativa o entidad de derecho privado o público actúe más allá de su competencia o autoridad.*”¹⁴ Es decir, aplicado al derecho de sociedades comerciales, este principio considera *ultra vires* o nula la actuación de una sociedad cuando sus actos se encuentren fuera del objeto social que se haya enunciado en el pacto constitutivo.

g) Plazo Social

En Costa Rica, el plazo de las sociedades mercantiles es regulado por medio del artículo 18 inciso 7 del Código de Comercio, en donde se exige que toda escritura constitutiva, de cualquiera de estas sociedades, contenga la duración en que funcionará, así como sus posibles prórrogas. En ese sentido, se puede interpretar que en nuestro país la existencia legal de las sociedades mercantiles es perpetua, ya que no se indica ninguna limitación temporal a las mismas, permitiéndosele a los socios, por el contrario, un número indeterminado de prórrogas a dicho plazo, según lo dispuesto por tal norma.

No obstante, el Registro Nacional ha expresado que, en nuestro país, no se permite la utilización de plazos sociales indefinidos, por lo que el plazo de la sociedad debe establecerse expresamente (años, meses y/o días), con indicación de la fecha de inicio del mismo (la cual no podrá ser anterior a la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución) y en el caso de que no se indique

¹⁴ PORCELL EMILIANI (Ameli), Análisis del Principio Ultra Vires en la Legislación Panameña de Sociedades Comerciales, tomado de la página <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/ultravires.pdf> el día 20 de julio de 2007 a las 3: 35 horas.

dicha fecha, se entenderá que la sociedad inicia sus operaciones en la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución.

Por su parte, en la LGCOPSP se ha dispuesto que la S.A.N.C. *“deberá ser disuelta, una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella.”* Con esta norma se ha dispuesto un plazo definido a esta sociedad especial, determinada por la consecución del objeto social, el cual, como se vio, es exclusivamente la ejecución del contrato de concesión. Es decir, a diferencia de una sociedad mercantil donde el plazo no tiene tal relación objeto social – plazo social, en la S.A.N.C. el plazo es definido por el período en que la Administración conceda la concesión, lo cual realiza una vez que haya definido el tiempo que tomará para el concesionario construir las obras, recuperar su inversión y alcanzar los beneficios previstos, por medio de la etapa de explotación.

Para estos efectos, resulta muy interesante el artículo 56 inciso 1 de la LGCOPSP, en el cual se señala que *“el plazo de toda concesión será determinado en función de los estudios técnicos que sustenten el cartel de licitación, sin que en ningún caso pueda ser superior a cincuenta años”* (el subrayado es del autor). Con ello salta a la luz el hecho de que una S.A.N.C. tiene un plazo determinado, al establecersele un máximo de posible existencia legal, cual es de cincuenta años, hecho que no es equivalente a ninguna norma del Código de Comercio, referido a las sociedades mercantiles.

En igual sentido, el artículo 57 inciso 2 de la LGCOPSP, que permite la prórroga del plazo de la concesión, dispone el mismo límite: *“La suma del plazo original más las prórrogas aprobadas no podrá exceder del plazo máximo establecido para toda concesión en el primer párrafo del artículo 56.”* Quiere decir que, siendo posibles las prórrogas de la concesión y por ende, de la existencia de la S.A.N.C., éstas sumadas al plazo original otorgado por la Administración concedente no podrán ser superiores a cincuenta años, con lo cual se limita la existencia legal de dicha sociedad expresamente.

Todo lo anterior refuerza la noción de que la S.A.N.C. no es una sociedad anónima ordinaria, como es comúnmente entendida, sino que ésta obedece al carácter público que la distingue.¹⁵

h) Suscripción y Pago del Capital Social de la S.A.N.C.

Tanto la LGCOPSP como el RGCOPSP¹⁶ disponen que la Administración concedente es la que determina el capital social inicial de la S.A.N.C. por medio del cartel de la licitación. Dicho ente fijará el monto sobre un porcentaje del gasto total proyectado para la construcción de la obra y, una vez concluida ésta, para la explotación del servicio. Es decir, el monto del capital social estará en relación directa con el costo total de la obra.

En vista de la posibilidad de que dicho monto varíe dentro de cierto plazo, la Administración concedente tiene el deber de cada año, al iniciarse el nuevo período fiscal, definir si hubo variaciones al gasto total proyectado, y de efectivamente haber existido, el concesionario contará con treinta días hábiles para ajustar el capital social al monto correcto que las variaciones hayan originado. El incumplimiento del concesionario de ajustar dicho capital, en ese plazo y de acuerdo a las disposiciones de la Administración, se considerará como falta grave y por ende, aquella podría tener por resuelto el contrato.¹⁷

La LGCOPSP no establece expresamente si el capital debe quedar plenamente pagado en el acto de constitución o de lo contrario, que porcentaje del mismo. Por esa razón es necesario, una vez más, acudir a la normativa mercantil,

¹⁵ ORTIZ ZAMORA (Luis) y MUÑOZ HERRERA (Daniel), op. cit., página 42.

¹⁶ En los artículos 31 inciso 3 de la LGCOPSP y 45 inciso 2 del RGCOPSP.

¹⁷ Según lo dispuesto por el artículo 59 de la LGCOPSP.

específicamente el artículo 104 del Código de Comercio, el cual dispone que, para la formación de una sociedad anónima, además de la presencia como mínimo de dos socios que suscriban por lo menos una acción, se requerirá “*que del valor de cada una de las acciones suscritas a cubrir en efectivo, quede pagado cuando menos el veinticinco por ciento en el acto de la constitución* (el subrayado es del autor).” Por ende, la S.A.N.C. deberá aplicar esa norma supletoriamente y pagar, como mínimo, un 25% de cada acción que se suscriba en ese acto, según el monto del capital social que haya señalado la Administración concedente en el cartel de licitación.

i) Limitaciones del Capital Social de la S.A.N.C.

Otra característica especial de la S.A.N.C. son los límites a la libertad de disposición y transmisión sobre el capital social que posee el adjudicatario de la concesión. Específicamente, el artículo 31 inciso 4 de la LGCOPSP expone: “*En ningún caso, el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social.*” Vale recordar que este límite a la transmisión del capital social vela por el respeto al carácter intuitu persone o personalísimo del contrato de concesión, lo cual es imprescindible para el éxito del contrato de concesión.

En este sentido se ha manifestado la PGR: “*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.*”¹⁸

¹⁸ Procuraduría General de la República, Opinión Jurídica N° OJ-067-2003, dirigido a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones el 25 de abril de 2003.

El artículo 46 inciso 2 de la LGCOPSP dispone: “*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).¹⁹

De todo lo anterior, se extrae que el adjudicatario, como accionista mayoritario de la S.A.N.C., no puede definir el capital social en la escritura constitutiva de dicha sociedad sino que debe apegarse a lo dispuesto por la Administración concedente. Asimismo, si deseara modificar los montos del capital social por su propia voluntad, necesitaría el consentimiento y autorización de esta Administración, mientras que si es ésta la que propone dichas modificaciones, el concesionario debería realizar los ajustes al capital social, de manera obligatoria. Finalmente, con respecto a su disposición sobre el capital social, tiene prohibido transmitir un 51% del mismo, todo con lo que es posible concluir que el legislador previó un fuerte y estricto control sobre el capital social de estas sociedades especiales, lo cual se justifica en aras del objeto de interés público que persigue.

Estas limitaciones a la libertad de transmisión de acciones no se dan, de ninguna manera, en las sociedades anónimas ordinarias, en donde la acción constituye un título valor de libre transmisión, prevaleciendo siempre dicha libertad ya que lo que realmente interesa es el aporte económico del nuevo socio al capital de la sociedad, y no las cualidades personales del futuro socio. Según el artículo 120 del Código de Comercio “*la acción es el título mediante el cual se acredita y transmite la calidad de socio* (el subrayado no es del original).” Debe recordarse además, que las acciones son un título valor, y uno de los principios más importantes de éstos es el de la circulación, en cuanto dichos títulos son constituidos para circular, quedando implícita la libertad de transmisión de los mismos.

¹⁹ En igual sentido, el artículo 73 del RGCOPSP. Este artículo establece además que la comunicación de las modificaciones al capital social deberá realizarse dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de modificación, y su omisión se considerará falta grave, dando lugar a la resolución del contrato de concesión.

Ahora, con respecto al 49% restante del capital social sobre el cual no existe limitación alguna, cabe recordar que el artículo 46 de la LGCOPSP, permite que el concesionario o adjudicatario, durante la etapa de construcción pueda financiarse a través de la emisión de acciones (conocido como financiamiento por capitalización), pero reitera que esos movimientos son posibles siempre que no se ofrezca más del 49% del total del capital de la sociedad efectivamente suscrito y pagado (ya que eso implicaría la cesión de la concesión, la cual requiere necesariamente de la debida autorización administrativa).

Es decir, este porcentaje del capital presenta autonomía con respecto a la ley de concesiones, pudiendo ser transmitido libremente por el adjudicatario, en aras de obtener financiamiento por capitalización, exclusivamente durante la etapa de construcción de la concesión, como un medio idóneo para obtener recursos financieros para la construcción de la obra y asemejándose así, al capital social de las sociedades anónimas ordinarias y su respectiva libertad de transmisión por parte de los socios.

j) Disolución de la S.A.N.C.

El artículo 201 del Código de Comercio, enlista las causas por las cuales las sociedades se disuelven.²⁰ La LGCOPSP, por su parte dispone, en el artículo 31 inciso 2, una causal especial al señalar que *“La sociedad deberá ser disuelta, una vez terminada la concesión y comprobada la inexistencia de pasivos contingentes a cargo de ella.”* De esto se puede interpretar que dicha ley establece como causal de disolución de la S.A.N.C. una parte de aquella contenida en el inciso b) del artículo mercantil mencionado, en su última frase, es decir, *“por la consumación*

²⁰ Artículo 201: Las sociedades se disuelven por: a) el vencimiento del plazo señalado en la escritura social; b) la imposibilidad de realizar el objeto que persigue la sociedad, o la consumación del mismo; c) la pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social, salvo que los socios repongan dicho capital o convengan en disminuirlo proporcionalmente; y d) el acuerdo de los socios.

del mismo” (el objeto de la S.A.N.C., que sería la ejecución plena del contrato de concesión).

Si bien, la S.A.N.C. puede regularse de manera supletoria con las normas del Código de Comercio, las demás causales que señala dicha ley son difíciles de encontrar en el caso de una S.A.N.C. Por ejemplo, el plazo está estrictamente ligado a la consecución del objeto social y está limitado a 50 años, pero difícilmente un concesionario durará todo ese tiempo en el desarrollo de una obra pública. Con respecto a la imposibilidad de lograr el objeto social, sería bastante dudoso que tal situación surgiera ya que la Administración concedente se encarga, por medio del riguroso proceso de licitación, de encontrar a la persona más calificada para ejecutar el contrato de concesión. En todo caso, si surgiera alguna circunstancia que en efecto le imposibilitara al concesionario la ejecución de lo convenido, la Administración suele, en la práctica, buscar una solución, ya sea por la modificación del monto de las tarifas, la concesión de indemnizaciones en los casos en que surja un hecho de las Teorías de la Imprevisión²¹, del Hecho del Príncipe²² o bien, del *lus Variandi*²³ con el fin de restablecer el equilibrio financiero

21 Cuando, con posterioridad a la celebración del contrato, surgen situaciones extraordinarias o anormales e imprevisibles al contratar y ajenas a la voluntad del concesionario, que modifican o alteran el equilibrio económico – financiero del contrato de concesión en perjuicio de aquél. Comprendida dentro del artículo 17 inciso c) de la LGCOPSP el cual dispone: “*El concesionario tendrá los siguientes derechos: (...) c) Solicitar ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo.*”

²² Badell Madrid nos define esta teoría de la siguiente manera: “Con la expresión teoría del hecho del príncipe se alude a la intervención de los órganos de los Poderes Públicos que hacen más onerosa la prestación a la que se obliga el contratante de la Administración en virtud de lo cual surge para aquél el derecho a ser reparado íntegramente del daño sufrido.” En otras palabras, cuando las causas que afectan la ecuación económica - financiera del contrato de concesión son producto, ya no de hechos imprevisibles a la hora de contratar las partes, sino de medidas generales adoptadas por la Administración en general, ya sean éstas políticas o económicas, que hagan el cumplimiento de lo pactado más difícil y oneroso para el concesionario. BADELL MADRID (Rafael), op. cit., página 182.

²³ El *ius variandi* es una potestad o prerrogativa de la Administración concedente – en Costa Rica es el Consejo Nacional de Concesiones - (y no del Estado, como sucede en la Teoría del Hecho del Príncipe y lo cual las diferencia), en virtud de la cual ésta puede modificar unilateralmente e introducir cambios en cláusulas del contrato administrativo originario y en las prestaciones de su

- económico del contrato; un aumento del plazo del contrato, etc, para resolver la situación difícil y evitar, tanto la disolución de la S.A.N.C. como la interrupción de la prestación de los servicios públicos a los usuarios, los cuales deben ser continuos, regulares, uniformes y generales.

De igual manera, la Administración trataría de encontrar la solución al caso de “*la pérdida definitiva del cincuenta por ciento del capital social*” de la sociedad anónima, como las anteriormente mencionadas o bien, por medio de la cesión de la concesión a un tercero calificado, por medio del traspaso de las acciones de la S.A.N.C., para continuar la ejecución del contrato, sin que sea necesaria la disolución de dicha sociedad. Y si fuere del caso que el concesionario estuviere en estado de quiebra, de la misma manera, se procedería a realizar el remate respectivo, pudiendo adjudicarse la concesión un rematario, también calificado y autorizado por la Administración y la CGR, con lo cual la S.A.N.C. sobreviviría a estas situaciones difíciles sin ser disuelta.

Por último, el inciso d) del mencionado artículo 201, se refiere a la disolución de la sociedad por el simple “*acuerdo de los socios*”, lo cual sería improbable que sucediera porque estas decisiones, en el contexto de los contratos de concesión, son fiscalizadas por la Administración concedente y la CGR en razón del interés público que resguardan, y por ello, los socios de la concesionaria no cuentan con la potestad ni libertad de decidir si dicha sociedad se disuelve o no. Lo que si puede suceder en una S.A.N.C. es que los socios aleguen una causal de disolución y a partir de ello, que la Administración se pronuncie acerca de su disolución, ya sea para evitarla o para que ésta inicie su procedimiento.

A pesar de lo poco probable de que estas cláusulas lleguen a ocurrir en el caso de una S.A.N.C., de darse la situación, las causales de disolución previstas en el

co-contratante, lo cual se justifica siempre y cuando los cambios que se realicen se encuentren motivados en la preservación del interés público que el contrato mismo busca satisfacer.

Código de Comercio perfectamente serían aplicables supletoriamente para el caso de una S.A.N.C.

Posterior a la disolución de la S.A.N.C., se seguiría el procedimiento de liquidación de la sociedad, que regula el Código de Comercio, ya que la LGCOPSP no establece nada al respecto, con lo que dicha sociedad quedaría extinta para todos los efectos.

k) La quiebra y el remate de la Sociedad Anónima Nacional o Concesionaria

Con respecto a la quiebra de la S.A.N.C., se presentan ciertas características especiales en comparación con la sociedad anónima ordinaria, producto de la presencia de la Administración concedente en tal proceso. De esta manera, la Administración puede solicitar la declaratoria de quiebra constituyéndose en una causal más de las enumeradas en el artículo 851 del Código de Comercio, referido a las causales de declaratoria de quiebra de las sociedades y las cuales son aplicables a este tipo especial de sociedad anónima, por disposición expresa del artículo 61 inciso 10 de la LGCOPSP ²⁴.

Asimismo, la Administración concedente se encuentra capacitada para nombrar a un interventor, quien asumirá la administración y explotación temporal de la concesión. También nombrará la Junta de Intervención, la cual será compuesta por tres miembros designados por dicha Administración y cumplirá con el mismo papel y funciones de un curador común y corriente de los procesos de quiebra, regulados en el Código de Comercio.

²⁴ **Artículo 61.- Suspensión de pagos y quiebra del concesionario:** (...) 10) En lo no previsto en este artículo, se aplicará supletoriamente el Código de Comercio.”

El artículo 61 de la LGCOPSP propone un medio para prevenir la declaratoria de quiebra de la S.A.N.C. y los graves efectos que ello acarrearía para la prestación del servicio público. Así, le permite al concesionario que no pueda cubrir sus obligaciones económicas, como acto previo a la solicitud de dicha declaratoria de quiebra, apersonarse ante el juez civil de su domicilio, y solicitarle una suspensión de pagos por un plazo máximo de tres meses, contados a partir de la resolución que autoriza la suspensión. Esto con el objeto de que, durante el primer mes de este período, presente una proposición de convenio para el pago de los acreedores, es decir, una oferta a los acreedores de cómo procederá a realizar los pagos que ha incumplido, exponiendo el monto que se pagará mensualmente, por ejemplo, y el plazo en que quedarán íntegramente cancelados los créditos o bien, el plazo en que espera retornar al pago normal de los créditos, según lo pactado originalmente.

Cuando la solicitud de suspensión de pagos sea debidamente presentada, el juez civil autorizará la suspensión de pagos, dentro de un plazo de cinco días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud y dicha resolución tendrá el efecto jurídico de paralizar todo trámite ejecutivo contra el concesionario que los acreedores pudieren plantear en su contra, en aras de ver resarcidos sus créditos.

Seguidamente, será necesaria la aprobación de dicho convenio por parte de los acreedores para que éste entre a regir y solucione la difícil situación financiera de la sociedad concesionaria. Para dicha aprobación será indispensable publicar, tanto en La Gaceta como en dos diarios de circulación nacional, un edicto que convoque a los acreedores para que acudan a adherirse a la proposición del convenio, acuerden modificarla o bien, rechazarla, lo cual deberán efectuar en el término de los dos meses restantes del plazo de tres meses concedidos para la suspensión de pagos solicitada.

Los acreedores aprobarán la proposición de convenio de pago si los votos a favor alcanzaren una mayoría de dos terceras partes. En tal caso, el juez aprobará el convenio el cual será de obligatorio acatamiento para todos los interesados. Si, por el contrario, esa mayoría no fuere alcanzada o si se incumpliere el convenio, se procederá a declarar la quiebra de la sociedad concesionaria.

Asimismo, la declaratoria de quiebra procede a instancia de la Administración concedente o de algún acreedor, en los supuestos en que el concesionario abandone, de hecho o de derecho, la explotación de la concesión o se resuelva el contrato de concesión. En los casos de abandono por parte del concesionario, dispone el artículo 61 inciso 6 de la LGCOP, que la Administración concedente dispondrá hasta de veinticuatro horas computadas a partir del momento en que tenga pleno conocimiento del hecho o bien, desde que adquiera firmeza el acto que resuelve el contrato de concesión, para alegar esta causal.

Si estos hechos fueren verificados, la Administración concedente procederá a nombrar un interventor, quien tendrá las facultades para administrar y explotar temporal la concesión, hasta el momento en que la Administración concedente nombre a la Junta de Intervención. El nombramiento de este interventor se justifica en el hecho de que, no por estar en proceso de quiebra la sociedad concesionaria, debe frenarse la prestación debida de los servicios públicos, perjudicando a los usuarios, pero no es utilizado en las quiebras de las S.A. ordinarias, dado que en la S.A.N.C., el objeto social es la prestación de un servicio público que debe ser continuo, y esto no es el caso de aquellas sociedades.

Mientras, la Administración concedente tendrá la obligación de integrar la Junta de Intervención, en un plazo de cinco días hábiles desde que se encuentre firme la resolución que declara la quiebra por el juez. Cabe resaltar que esta Junta de Intervención, por disposición expresa de la LGCOPSP, cuenta con las mismas

obligaciones, facultades, atribuciones y responsabilidades señaladas en el Código de Comercio para el curador en un proceso normal de quiebra.

Enseguida, la LGCOPSP indica en el artículo 62, que dentro de los seis meses siguientes a la firmeza de la resolución que declara la quiebra del concesionario, se procederá a rematar el derecho a la explotación del conjunto de bienes objeto de la concesión, por el plazo que reste para el vencimiento de la misma, según se haya acordado en el cartel y en el contrato de concesión respectivo.

Resulta importante que se limite la participación de los rematarios tan solo a las empresas o consorcios empresariales que cumplan con los requisitos indicados en el cartel de la concesión respectiva para ser concesionario, preservando la LGCOPSP, de alguna manera, el carácter intuitu personae del contrato de concesión, ya estudiado. Para tales efectos, la Administración concedente dispondrá de treinta días naturales contados a partir del remate, para determinar si el rematario cumple o no con los requisitos necesarios. Esta es una característica especial del contrato de concesión, dado que en los remates ordinarios los postores son los acreedores o anotantes, quienes acuden a hacer valer sus derechos, y no solo un grupo selecto de rematarios, como sucede con el remate de una concesión.

En el primer remate la base será igual al ciento por ciento (100%) de la suma total de los créditos legalizados o deuda del concesionario. En el caso de no existir posturas o, cuando existan pero el rematario incumpla las condiciones para ser concesionario, se procederá a realizar el segundo remate, con una disminución del veinticinco por ciento (25%) de la base del primer remate. Si llegase a ser necesario un tercer remate, éste se efectuará sin sujeción a la base. Cuando no existan postores idóneos en el tercer remate, la Administración concedente estará facultada para asumir directamente la explotación, sin ninguna responsabilidad con respecto a los saldos insolutos (lo cual resulta sumamente dañino para los

acreedores, quienes verían sus créditos desprotegidos) y podrá, a criterio suyo, promover un nuevo concurso de licitación para dar en concesión la obra o el servicio público, si así lo estimare pertinente.

El monto obtenido del remate se destinará al pago de los créditos debidamente legalizados, en la alícuota que corresponda a cada acreedor y el excedente que reste, en caso de que lo hubiere, corresponderá a la Administración concedente. Por su parte, el nuevo concesionario adquirirá el derecho de explotación de la concesión libre de todo gravamen.

1) La cesión de derechos y obligaciones del concesionario

La Administración concedente analiza minuciosamente las condiciones particulares de todos los oferentes del cartel de licitación para el otorgamiento de la concesión, y su mayor interés es que quien resulte adjudicatario se mantenga a cargo de la concesión. Esta es una de las manifestaciones del carácter intuitu personae, pero el más interesante efecto de este carácter personalísimo del contrato es que *no puede ser cedido a terceros, sin que exista previamente autorización de la Administración concedente*. En este sentido, la cesión de los derechos y las obligaciones de este adjudicatario, ya en su calidad de concesionario, a favor de un tercero no es permitido en nuestro ordenamiento jurídico, a menos de que se esté en presencia de un caso de extrema excepcionalidad.

Del análisis del contenido de la LGCOPSP se sigue que el legislador costarricense no estableció expresamente, en dicho cuerpo normativo, la posibilidad de una cesión del contrato. Sin embargo, la Ley de Contratación Administrativa, la cual es aplicable supletoriamente en materia de concesiones, por disposición del artículo 64 inciso 3 de la LGCOPSP, dispone lo siguiente: *“Artículo 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...”

A diferencia de la LGCOPSP, el RGCOPSP en su artículo 45, incisos 3, 4, 5 y 6 respectivamente, aclara la aplicación de la cesión de los contratos de concesión de obra pública dentro de la legislación costarricense. De esta forma, el inciso 3 manifiesta que 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 podrá, por medio de un acto debidamente razonado, (y con la autorización previa de la CGR) autorizar la cesión de los derechos y obligaciones del concesionario, comprendiendo dentro de estos el traspaso del 51% del capital social de la S.A.N.C., a un tercero.

La presencia de esos factores excepcionales hace que se considere que el interés público también justifica la cesión del contrato, la cual se realizaría con la intención de evitar la terminación del contrato de concesión si se diese el caso, por ejemplo, de que el concesionario estuviese en peligro de quiebra, o imposibilitado para continuar con la ejecución del contrato de concesión.

El inciso 5, por otro lado, señala un límite a la cesión de la concesión, de igual manera que la LCA, al disponer que *“en ningún caso el adjudicatario o la Administración podrán ceder o aceptar, según corresponda, la cesión de los derechos y obligaciones de la sociedad concesionaria ni el traspaso del capital social de ésta, en contra de las prohibiciones establecidas por el artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa.”*²⁵

²⁵ Tómese nota que, dada la reforma que la LCA sufrió recientemente, ahora el artículo que contiene estas prohibiciones es el 22 bis, y no el 22.

Finalmente, la PGR condensó los requisitos para que se autorice una cesión de un contrato administrativo en nuestro país de la siguiente manera: “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.”²⁶*

m) Subcontrataciones

Según el artículo 68 del RGCOPSP, “*el concesionario podrá subcontratar cualquier tipo de actividad comprendida dentro del contrato de concesión, salvo que estuviera expresamente prohibido en el cartel de la licitación.*” Esto no significa una disminución o la desaparición de su responsabilidad ante la Administración concedente por la correcta ejecución del contrato, de la cual el concesionario siempre será el único responsable.

Esto último es confirmado por la LGCOPSP cuando manifiesta en el artículo 38 que el concesionario “*será responsable ante la Administración concedente por los daños y perjuicios que puedan derivarse de cualquier subcontratación*”, con lo que en dicha ley, se regula indirectamente la posibilidad del concesionario de efectuar subcontrataciones para desarrollar el proyecto, a falta de disposición expresa.

²⁶ Procuraduría General de la República, en el dictamen número C-026-2000 de 14 de febrero de 2000.

La autora Rufián Lizano manifiesta que *“La subcontratación resulta un fenómeno común dentro de la concesión de obra pública que implica un contrato privado entre el concesionario y el subcontratista, que no afecta al carácter personalísimo del contrato de concesión puesto que se trata de un contrato cuyo ámbito está fuera de la relación jurídica establecida entre la sociedad concesionaria y el Estado.”*²⁷

La normativa costarricense no establece la obligación del concesionario de contar con una autorización previa para realizar dichas contrataciones por lo que podría interpretarse que el concesionario tiene la libertad de hacerlo, siempre y cuando con ello no vulnere la esencia del contrato. Tampoco señala la necesidad de dar cuenta a la Administración concedente de dichos subcontratos, sin embargo, sí debiera el concesionario informarlo a la misma en aras de *“ofrecer a la Administración las facilidades que sean necesarias para el ejercicio de las potestades de fiscalización y control que le son inherentes”*.²⁸

Siempre dentro de la normativa costarricense en estudio, ésta tampoco indica si la potestad del concesionario de subcontratar es exclusiva de la etapa de construcción o bien, de la etapa de explotación, por lo que se concluye que el concesionario puede subcontratar con terceras personas, naturales o jurídicas, en cualquiera de las etapas de la concesión.

En mi opinión, estas omisiones resultan muy peligrosas ya que, de darse efectivamente una subcontratación de obras, es necesario tener claro el panorama bajo el cual éste puede efectuarse, y por ende, conocer sus limitaciones. También debería regularse como requisito obligatorio, la aprobación del subcontrato por parte de la Administración concedente y de la empresa elegida para ese efecto, ya

²⁷ RUFÍAN LIZANO (Dolores M.), Manual de Concesiones de Obras Públicas. Chile, publicado por Fondo de Cultura Económica de Chile, primera edición, 1999, PÁGINA 155.

²⁸ Artículo 48 inciso 1 del RGCOPSP.

que, si bien el concesionario mantiene la responsabilidad por las obras, existe un interés público por el que debe velar tal entidad, y una subcontratación de una empresa incapaz o poco seria podría repercutir en atrasos en las obras o problemas legales y financieros para el concesionario, en caso que decidiese rescindir el subcontrato. Por ello, la Administración concedente debería aprobar tal subcontrato, cuyos efectos recaen sobre el contrato de concesión del que ella es parte.²⁹

Conclusiones

La S.A.N.C. es una sociedad anónima de carácter privado, cuyas características especiales, con respecto a las sociedades anónimas ordinarias reguladas en nuestra legislación mercantil, se justifican en razón del objeto social que persigue, cual es la satisfacción de interés público e impulsar el desarrollo del país mediante la ejecución de un contrato de concesión de obras públicas y de obras públicas con servicios públicos, bajo la fuerte fiscalización y control de la Administración Concedente (el Consejo Nacional de Concesiones) y demás instituciones del Estado que deban involucrarse en dicha ejecución contractual (como la CGR, ARESEP, PGR, etc).

Cabe mencionar que la regulación normativa de la S.A.N.C., así como del contrato de concesión, han sido lo suficientemente claras en cuanto a su funcionamiento, tanto en la LGCOPSP como su Reglamento (ley que se basa mucho en legislación internacional como la chilena, la colombiana y la española,

²⁹ Resulta importante manifestar que existe un proyecto de ley para reforma parcial a la LGCOPSP, expediente 15.922, el cual se encuentra en trámite en la Asamblea Legislativa, donde se pretenden modificar aspectos tales como el fortalecimiento del CNC, una mayor agilidad en el manejo financiero y contractual a fin de competir con mayor fuerza internacionalmente en la atracción de inversionistas interesados en desarrollar las obras, la eliminación de la figura de la responsabilidad solidaria del oferente en consorcio y del adjudicatario durante la etapa de explotación, la cesión del contrato, una mejor regulación de la resolución alterna de conflictos, beneficios fiscales a los subcontratistas, y la creación de la prenda especial como garantía a los virtuales acreedores del concesionario, cambios que vendrían a mejorar las condiciones para ejecutar este tipo de contratos. Lamentablemente, este proyecto está estancado desde hace varios años sin que se apruebe dicha reforma.

que han tenido modelos de concesiones muy exitosos), y supletoriamente en el Código de Comercio en el caso de la S.A.N.C., de manera que un contrato de concesión puede ser ejecutado debidamente hoy día, tal y como sucede actualmente con el caso de la carretera San José – Caldera, que incluso está iniciando el cobro de los peajes.

Pareciera que el problema que se ha presentado en estos contratos no es de tipo legal sino de aplicabilidad práctica: el realizar los estudios técnicos necesarios en un plazo razonable y no tan prolongado como usualmente ocurre, adjudicar la concesión mediante el trámite respectivo (lo que implica estudiar todos los oferentes, atender oposiciones, quejas, y otro tipo de situaciones que atrasan el inicio de obras), el refrendo al contrato de la CGR y la intervención de otras instituciones, y de especial importancia es el problema de los concesionarios para encontrar financiamiento, una vez adjudicada la obra, ya que los bancos solicitan garantías y mucha documentación que respalden el crédito, y esto también produce atrasos.

Bibliografía

BADELL MADRID (Rafael), Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela. Caracas – Venezuela, 2002.

PORCELL EMILIANI (Ameli), Análisis del Principio Ultra Vires en la Legislación Panameña de Sociedades Comerciales, tomado de la página <http://www.legalinfo-panama.com/articulos/ultravires.pdf> el día 20 de julio de 2007 a las 3: 35 horas.

ORTIZ ZAMORA (Luis) y MUÑOZ HERRERA (Daniel), “Particularidades de la sociedad Anónima nacional o concesionaria”, en *Iustitia*, N° 219-220, marzo- Abril 2005, Año 19, páginas 37 y siguientes.

OSSORIO (Manuel), Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., tercera edición, 2004.

RUFÍAN LIZANO (Dolores M.), Manual de Concesiones de Obras Públicas. Chile, publicado por Fondo de Cultura Económica de Chile, primera edición, 1999.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto 5403 – 2005 de las 16:06 horas del 3 de octubre de 1995.

Procuraduría General de la República, 1) en el dictamen número C-026-2000 de 14 de febrero de 2000; 2) Oficio número C-243-2000, del día 3 de octubre de 2000; y 3) Opinión Jurídica N° OJ-067-2003, del 25 de abril de 2003.

Contraloría General de la República, Oficio N° 01877, 22 de febrero de 2002, DI-AA-516.

Código de Comercio

Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos

Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos

Ley de Contratación Administrativa