



**LA LICITACION INTERNACIONAL 1-98:
CONTRATO DE GESTION INTERESADA DE
LOS SERVICIOS AEROPORTUARIOS PRESTADOS
EN EL AEROPUERTO JUAN SANTAMARIA**

Máster Ana Victoria Badilla Villanueva
Abogada costarricense

SUMARIO:

Introducción

1. Objeto de este estudio
2. Concepto de la figura de gestión interesada
3. Fundamento jurídico
4. En concreto la Ley Nº 7762 del 22 de mayo de 1998
5. La posición del Ministerio de Obras Públicas y Transportes

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

Mediante financiamiento obtenido del Banco Mundial para el VI Proyecto Sectorial de Transportes, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes contrató un grupo consultor el cual se encargó de preparar la Consultoría Técnica a fin de que El Consejo Técnico de Aviación Civil promoviera una licitación pública con el propósito de que tanto compañías individuales como consorcios de compañías participaran en la licitación cuyo propósito es que la empresa adjudicataria se encargue de la “dirección, operación, administración, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría”. Así lo indica el Cartel en su aparte 1.B, el cual señala el Objetivo de la Licitación. Estas facultades que tendría el adjudicatario se amplían en el aparte I.D. que señala:

“Así el objetivo de la presente Licitación será la administración, operación, manejo y mantenimiento de los servicios aeroportuarios, mientras que la rehabilitación de las instalaciones y la construcción de las nuevas obras son medios para lograr y mantener la adecuada prestación de los servicios...”.

1. OBJETO DE ESTE ESTUDIO

En este trabajo se intentará analizar algunos aspectos que de diversa manera afectan en comentario, y por tanto el interés de los administrados, entre ellos:

- La posibilidad de que el Estado pueda delegar en un privado facultades tan amplias como las contempladas en el Cartel de la Licitación para el aeropuerto.
- La factibilidad de que la Administración pueda realizar válidamente, la contratación con fundamento en el artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa, el 66 del Reglamento de la Contratación Administrativa, el Reglamento de Gestión Interesada, las Circulares emitidas por la Contraloría General de la República, y el criterio de la Procuraduría General de la República (PGR J133-98) de 23 de setiembre de 1998.

2. CONCEPTO DE LA FIGURA DE GESTIÓN INTERESADA

La figura contractual que el Consejo Técnico de Aviación Civil se propone utilizar para mejorar los servicios del Aeropuerto es la denominada “Gestión Interesada” que es una manera de que la Administración pueda desarrollar proyectos con amplia participación de la empresa privada. En el estudio elaborado por la Consultora, y con base en el artículo 2 del Decreto 26801-MOPT, que es el Reglamento para los Contratos de Gestión Autorizada de los Servicios Aeroportuarios, se define como:

“La figura contractual mediante la cual la Administración explota los servicios determinados en el presente cartel y construye las obras necesarias para dicha explotación sirviéndose de un gestor... a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos resultantes de dicha gestión”.

El autor Paul Woodbridge define la figura de la Gestión Interesada, con base en el artículo 66.2 de la Ley articulada de Contratos del Estado de España, como:

“...Aquella modalidad contractual en cuya virtud el Estado y el Empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en proporción que se establezca en el contrato...”⁽¹⁾

Por su parte, Garrido Falla –citado por Woodbridge– señala que es difícil definir la figura de la gestión interesada:

“...La dificultad de definir esta figura jurídica deriva de su carácter limítrofe, pues como la doctrina ha puesto de manifiesto, estamos ante *una forma transaccional entre la gestión directa y la concesión...*”⁽²⁾

(1) Woodbridge, Paul. *El Contrato Ley*. Editorial Costa Rica, p. 155.

(2) *Idem*.

3. FUNDAMENTO JURIDICO

En el Cartel de marras, la Administración invoca como fundamento jurídico de la “gestión interesada” el artículo 55 de la Ley de la Contratación Administrativa, así como el reglamento preparado por el Consejo Técnico de Aviación Civil, y aprobado por la Comisión General de la República, denominado “Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios”, el cual fue publicado como Decreto Ejecutivo en La Gaceta Nº 63 de 31 de marzo de 1998.

El 22 de mayo de 1998, se promulgó la Ley 7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, la cual deroga y sustituye la Ley Nº 7404 de 3 de mayo de 1994. Esta ley regula los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos, y en su articulado contiene conceptos que son diferentes a los que la Administración pretende aplicar en la contratación del Aeropuerto.

El artículo 120, inciso 14 de la Constitución Política de Costa Rica, en su inciso c) *in fine* establece que:

“Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos –estos últimos mientras no se encuentren en servicio– no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”. (énfasis agregado)

Según se desprende del artículo supracitado al hablar de ferrocarriles, estamos refiriéndonos a bienes públicos. Las cosas públicas son –según el Código Civil artículo 261:

“...Las que por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público”. El artículo 262 continúa indicando rasgos que son característicos de los bienes públicos a saber: “...Las cosas públicas están fuera del comercio, y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público al que estaban destinadas”.

Los bienes públicos se pueden clasificar en bienes de naturaleza patrimonial y bienes de naturaleza demanial. Los bienes de naturaleza

Nación”, de este modo, no parece viable la posibilidad de que el Poder Ejecutivo *motu proprio* pueda contratar disponiendo de estos bienes demaniales, únicamente con base en El Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios.

Como se indicó previamente el procedimiento de Gestión Interesada que se pretende aplicar en el Aeropuerto, le garantiza al Gestor un amplio margen de acción: Operación, administración, manejo, mantenimiento, rehabilitación, desarrollo y promoción, lo cual implica la ejecución, o la participación de algún modo, en casi todas las actividades que actualmente realiza la Administración en el Aeropuerto, incluyendo actos de autoridad, recolección de tributos, etc.

El artículo 74 de la Ley de la Contratación Administrativa, establece al referirse a la Concesión que:

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

Esta tesis encuentra apoyo doctrinal en la posición del autor Renato Alessi, quien señala:

“Además ha de tenerse en cuenta que el ejercicio privado basado en una concesión se presenta necesariamente como ejercicio de servicios públicos, no de funciones administrativas... debe admitirse que mientras el mero servicio se concreta en un mero otorgamiento de prestaciones, la función representa además, el desarrollo de un poder jurídico...”⁽⁴⁾

Con base en lo expuesto es recomendable que la Administración sea más moderada al señalar las facultades que otorgará al particular que ejecute la obra. En este sentido la Contraloría en su oficio 001560 de 18 de febrero de 1998, al contestar una consulta planteada por el entonces Presidente del Consejo Técnico de Aviación Civil, sobre la posibilidad de utilizar la figura de la Gestión Interesada en el Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, indicó que consideraba que el aeropuerto no saldría del dominio del Estado:

(4) Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I, Editorial Casa Bosch, Barcelona. (Trad. Buenaventura Pellisi Pratts), p. 167.

“...En primer lugar, debido a que el gestor asume labores administrativas que no suponen prerrogativas de imperio, las cuales en todo caso se reserva la Administración, como por ejemplo, los servicios de aduana, migración, etc...”

Por consiguiente, el Cartel debe ser modificado a fin de que se ajuste a derecho. En este sentido valga señalar que la Sala Constitucional en el Voto 2319-98 indicó que:

“...aún cuando un aeropuerto sea dado en concesión, para que el servicio público que ahí se preste sea realizado por un ente privado, lo relativo a la seguridad portuaria, migración y aduanas entre otros, queda reservado exclusivamente al Estado, sin que puedan ser ejercidas estas funciones ni directa ni indirectamente por particulares”

Debe señalarse que esta posición de la Sala conlleva la obligatoriedad de modificar el Cartel ya que el mismo contiene una serie de disposiciones referentes a los servicios que deberá suministrar el Gestor, las cuales son totalmente contrarias a lo indicado tanto en el voto supracitado, como en la opinión expresada por la Contraloría General de la República.

Por ejemplo, el Cartel en su Aparte III.B.3º señala los “Servicios que seguirán siendo prestados por Dependencias Públicas”, se incluye, servicios de seguridad, aduanas, migración, etc. Sin embargo, en el aparte III.C.3º se incluyen las “funciones del Gestor como Auxiliar de Aduanas”, y señala que:

“...para que el gestor pueda actuar en condición de “Funcionario Auxiliar de Aduanas” deberá obtener las autorizaciones correspondientes de la Dirección General de Aduanas. Como tal, el Gestor seleccionado asumirá responsabilidad total ante el Servicio Nacional de Aduanas por sus actos y los de sus empleados acreditados...”

Asimismo, el párrafo III.E.2 indica los “Servicios Relacionados con la Seguridad Aérea a ser Prestados por el Gestor”, este tema se amplía en el párrafo III.E.5 que se refiere a “Los Servicios de Seguridad Portuaria Complementaria, que Brindará el Gestor”.

En el párrafo III.E.7 inciso b) se establece la participación del Gestor en las Tiendas Libres de impuestos del IMAS, y en su aparte IV.A.1 señala que:

“La gestión de cobro de las tasas, rentas y otros cargos por servicios aeroportuarios será efectuado por el Gestor como parte de los servicios prestados a la DGAC”.

Considerando estas capacidades otorgadas en el Cartel para la Licitación Pública Internacional N° 1-98 a favor del Gestor escogido se puede observar que rebasan las atribuciones que según la Sala podrían otorgarse al Gestor, a la vez que se violenta lo preceptuado en el párrafo 1 del Artículo 74 de la Ley de la Contratación Administrativa, en virtud de que la prestación del servicio aeroportuario en la dimensión contenida en el documento citado, implica tanto el ejercicio de potestades de imperio como de actos de autoridad.

Un grupo de diputados, conscientes del problema que podría enfrentar el país en razón de la posibilidad de que la Administración dé en concesión bienes de naturaleza demanial, sin cumplir con el requisito constitucional de obtener la autorización del Poder Legislativo en forma individual para cada proyecto, sino a través de una ley marco, elevó ante la Sala Constitucional una consulta facultativa en relación con la posibilidad inconstitucionalidad del artículo 2, inciso 2 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, el cual constituye la legislación que se debe aplicar en el caso de la Licitación para el Aeropuerto.

El citado inciso indica que:

*“Los ferrocarriles, las ferrovías, los muelles y los aeropuertos internacionales, tanto nuevos como existentes, así como los servicios que ahí se presten, **únicamente** podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley”.*

La Sala resolvió la consulta, mediante Voto 2318-98 de 31 de marzo de 1998, y sobre este particular, determinó que:

“...La Sala entiende además que la concesión de las obras y servicios públicos a que se refiere este

proyecto de ley exceptúa todo aquello relativo a la seguridad nacional, control aduanero, migración y todo aquello que tenga que ver con funciones del Estado, las cuales son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas...”.

Sobre la duda planteada por los legisladores referente a la posibilidad de que la Asamblea mediante una ley marco autorice al poder ejecutivo para autorizar la concesión de bienes del Estado, la Sala señaló que:

“A criterio de esta Sala nada impide que por medio de una ley marco, la Asamblea faculte al Poder Ejecutivo para que dé en concesión bienes públicos, sin que sea necesaria una aprobación concreta para cada caso en particular, pues se entiende que ha dado una aprobación general para tal efecto, en cumplimiento de la propia Constitución...”

En realidad es viable que el Poder Legislativo conceda al Poder Ejecutivo –probablemente en la figura del Consejo de Concesión de Obras Públicas– la facultad de dar en concesión bienes. No obstante, podría correrse el riesgo de que al atribuirse esta posibilidad a un órgano diferente al indicado por la Constitución se prestara a malos manejos, sea por desconocimiento, sea por otros factores, lo cual podría perjudicar el interés público. Debe además notarse que el Voto 2318-98 no define el concepto de “ley marco”, sin embargo, podría aplicarse el concepto esbozado en el Voto 6240-93 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993, en el cual la Sala Constitucional señaló:

“...una de las formas allí establecidas, obviamente previendo lo difícil y complicado que puede resultar el tener que acudir a la Asamblea Legislativa para la aprobación de cada contrato de concesión individual, es la de una ley general regulatoria del proceso de contratación, comúnmente conocida como “ley marco” (Jurisprudencia citada en el Dictamen 001797 de la Contraloría).

4. EN CONCRETO LA LEY Nº 7762 DEL 22 DE MAYO DE 1998

La Ley Nº 7762 del 22 de mayo de 1998, regula –según lo establece en su artículo 1, inciso 1– todos los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos, exceptuando de su aplicación únicamente los servicios de telecomunicaciones y de electricidad. En relación con los aeropuertos internacionales la misma ley en su artículo 2 inciso 2, señala expresamente, que:

“Únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley”.

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

- La Ley de la Contratación Administrativa,
- El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y
- El Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios.

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

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

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

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

Con base en la disposición contenida en el artículo 2 inciso 2 de la Ley de Concesión de Obras Públicas con Sevicios Públicos, es obio que –de acuerdo con el Dictamen de la Contraloría– al promulgarse la Ley Nº 7762 que establece el procedimiento de la Concesión de Obras en materia de aeropuertos, el fundamento jurídico del Cartel debe de serlo la Ley Nº 7762, esto en razón de que uno de los supuestos establecidos en el dictamen fue modificado al regularse la figura en el artículo 2 inciso 2 de la citada ley.

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

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

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

Es claro que una vez que se publicó la Ley Nº 7762 el Reglamento para los Contratos de Gestión Interesada de los Servicios Aeroportuarios

fue doblemente derogado por una norma de carácter jurídico superior –pues es una ley– y de promulgación posterior, lo cual dejó fuera de aplicación en cualquier ámbito al Reglamento de marras. Mal hace la Administración al pretender seguir el procedimiento licitatorio con un fundamento tan precario, como el invocado en el Cartel 01-98.

5. LA POSICION DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES

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

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

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

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

- Qué es la gestión interesada, cuál es el objeto del contrato, quiénes pueden presentar ofertas;
- La obligación de la empresa que sea declarada adjudicataria de constituir una sociedad anónima nacional;

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

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

CONCLUSION

Del análisis de los aspectos citados, lo recomendable sería que la Administración abra nuevamente una Licitación Pública Internacional semejante a la anterior, pero con fundamento en la Ley 7762, por consiguiente no como Gestión Interesada, sino como lo establece la Ley aplicable, sea como Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, pues como lo indicó la Contraloría en el Dictamen 001797:

“La gestión interesada no es más que una de las tantas modalidades que puede adoptar la prestación de un servicio público. En nuestro país, tenemos esbozada la figura de la “concesión de gestión de servicios públicos” en los artículos 74 y 75 de la Ley de Contratación Administrativa, y por otra parte, la Ley General de Concesión de Obra Pública...” (se hacía referencia a la Ley anterior).

Asimismo, que se modifique el Cartel y se revisen cada una de las cláusulas contenidas, con el propósito de que las prerrogativas que la Administración se comprometa a conceder al adjudicatario, sean acordes con la normativa aplicable.

BIBLIOGRAFIA

- Alessi, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona, C.A. Editorial Bosch. (Traducción de Buenaventura Pellisi Pratts).
- Jiménez M., Manrique. *La Problemática de los Derechos de Frecuencias Televisivas a la Luz de la Jurisprudencia Constitucional*. En: **Revista Iustitia**, Nº 111-112, año 10, 1996. San José, Costa Rica.
- El Silencio Positivo y la Dimensión Jurídica de las Concesiones, Autorizaciones y Aprobaciones Administrativas*. En: **Revista Iustitia**, Nº 94, año 8, 1994.
- Mena M., Juan. *Obras en el Santamaría* (San José: **La Nación**, 5-11-98).
- Romero Pérez, Jorge E. *Aeropuertos y Contratos* (San José: **La Nación**, 21-10-98).
- Constitución Política y Bienes Públicos* (San José: **Al Día**, 12-11-98).
- Derecho Administrativo* (San José: EUNED, 1999).
- Contratos y Aeropuertos* (San José: Editorial Lex, 1999).
- Woodbridge, Paul. *El Contrato Ley*. Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica, 1972.