

APUNTES SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA Y SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA

Licda. Marta María Vinocour Fornieri^()*

(Recibido 05/03/07; aceptado 25/06/07)

(*) Especialista en Derecho Público.
Magistrada Suplente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de
Justicia.

Tel. 363-1155.
e-mail: martavinocour@mail.com

RESUMEN

El objeto del presente artículo es aportar algunas notas sobre el concepto de concesión de obra y la obra con servicio público, su origen y su constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense.

Palabras clave: Concesión de Obra, Concesión de Obra con Servicio Público, Concedente, Concesionario, Dominio Público, Constitución Política.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to contribute with the concept of public work concession, the origin and its constitutionality in Costa Rica.

Key words: Concesión of Publics Works, Concesión of Public Works and Public Domain, Grantig, Conceding, Concessionary, Politic Constitution.

SUMARIO

Introducción

1. Concepto y Características del Dominio Público
 - a) Concepto
 - b) Características
2. Teoría de la Afectación
3. Concepto de Concesión y sus Características
4. Análisis del artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política
5. Análisis Párrafo I
6. Análisis párrafo II
7. Análisis párrafo III
8. Actas de la Asamblea Nacional Constituyente en relación al párrafo III del artículo 121 inciso 14)
9. Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público vigente
10. Referencia a la Ley No. 7762 del 22 de mayo de 1998

INTRODUCCIÓN

Las figuras de la *Concesión de Obra Pública* y de *Obra Pública con Servicio Público* son relativamente recientes en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

El 03 de mayo de 1994 se aprobó la primera Ley General de Concesión de Obra Pública de Costa Rica, Ley 7404, con el propósito de contar con una fuente de financiamiento alterna para satisfacer las crecientes demandas del sector de infraestructura de transportes. Tres años después, por diferentes motivos no había sido posible iniciar ninguna de las obras que esperaban ser concesionadas en el período 1995-2000.

Respondiendo a esta circunstancia, la Ley original es reformada por la 7762 del 22 de mayo de 1998. En este momento –mayo del 2007– se tramita en la Asamblea Legislativa una nueva Reforma a la Ley original por medio del Proyecto de Ley “Reforma Parcial de la Ley No7762 Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos”, expediente legislativo número 15.922 que pretende integrar la experiencia fáctica y jurídica de los últimos años.

Como sabemos la *Concesión de Obra* es una forma de contratación administrativa que cuenta con el respaldo del Banco Mundial y de otras entidades financieras internacionales, así como de Convenios, que tiene por finalidad que las obras públicas de gran envergadura en infraestructura en nuestros países sean realizadas por empresas privadas nacionales o internacionales, a cambio de tarifas que posteriormente serán pagadas por los usuarios, sin afectar el Presupuesto Nacional.

No obstante, la eventual bondad de su configuración, su implementación ha sido difícil: únicamente está vigente en Costa Rica, la Concesión del Puerto de Caldera. Las Concesiones de la carretera San José-Caldera y San José-San Ramón, adjudicadas ambas a una empresa española, aún no cuentan con el *Cierre Financiero* de las respectivas entidades financieras y se vislumbran mayores dificultades para su ejecución.

(1) También en trámite de ratificación en la Asamblea Legislativa, *Ley “Aprobación de Acuerdo Marco de Cooperación Financiera entre la República de Costa Rica y el Banco Europeo de Inversión”, Expediente. No. 15.538.*

Las principales dificultades pueden ubicarse en general en el desconocimiento a nivel de los funcionarios públicos encargados de su tramitación, de la diferencia entre la contratación administrativa regular de obra pública y la contratación administrativa de la concesión, lo que ha afectado, la redacción de los carteles o pliegos de condiciones, la tramitación de las concesiones en sí mismas complejidad y onerosidad de las obras y la duración del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. Aunado a ello, algunas empresas no han dimensionado correctamente el denominado “*Proyecto de Financiamiento*”, lo que ha obligado a la Cesión total de la Concesión adjudicada.

El Consejo Nacional de Concesiones, que es un órgano⁽²⁾ del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, tiene una página Web, que puede ser consultada y brinda alguna información. Desafortunadamente, no se actualiza y la mejor forma de obtener información fidedigna es la de solicitarla personalmente en la institución.

En la Cartera de Proyectos figuran por ejemplo, los siguientes:

1. Ampliación de la terminal de pasajeros del Aeropuerto de Liberia.
2. La Construcción de un Mega-Puerto en Limón.
3. La Construcción de la Radial a Heredia.
4. La Construcción del Corredor vial San José-Limón.
5. Proyectos de *Iniciativa Privada son admitidos*.

El objeto del presente artículo es aportar algunas notas sobre el concepto, su origen y su constitucionalidad.

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DOMINIO PÚBLICO

a) Concepto

A la par del concepto de propiedad privada, base estructural en la construcción de la Ciencia Jurídica; el Derecho Público tiene un concepto de Dominio Público, único en sus características e imposible

(2) En la actualidad cuenta con su propio edificio.

en su concepción para el Derecho Privado. Es por ello que el conocido autor del derecho administrativo Garrido Falla define el Dominio Público como *“el derecho de propiedad que el Estado tiene sobre determinados bienes, en cuanto sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado”*.

Ese régimen jurídico exorbitante del derecho privado se encuentra definido fundamentalmente por las características esenciales del dominio público, a las que de inmediato hacemos referencia.

b) Características

El autor clásico de derecho administrativo Héctor Escola (Compendio de Derecho Administrativo, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 971-1019) nos indica que... ***“El dominio público presenta dos caracteres típicos de los cuáles uno es resultado del otro: su inalienabilidad y su imprescriptibilidad de los que se derivan importantes consecuencias. Aparecen a mediados del siglo XIX juntamente con la diferenciación entre el dominio público y el dominio privado, primero como una regla no escrita, de raigambre jurisprudencial y consuetudinaria y luego como una norma impuesta por la mayoría de las legislaciones que tratan la cuestión...”***

Es una realidad que el Dominio Público coexiste con la propiedad privada, como parte de la vida económica de la colectividad y del país en general, aún cuando los conceptos evolucionen en el contexto histórico de la Humanidad la correlación permanece, manteniéndose también la inalienabilidad y la imprescriptibilidad del Dominio Público pues son su esencia y rasgos de distinción en relación con el Dominio Privado del Estado y del dominio privado de los particulares.

Estas dos características del Dominio Público le permiten al Estado en sus relaciones con los particulares protegerse y mantener incólumes sus bienes de Dominio Público. La consolidación del Dominio Público en su carácter de institución jurídica normativamente regulada, permite la especificación de su composición, formación y utilización de las cosas públicas pero además prevé todo lo necesario para la protección de ese conjunto de bienes, contra hechos o actos ilegítimos o dañosos, procedentes de los particulares o administrados, o incluso contra aquellos actos dañosos que se originen en el propio Estado.

2. TEORÍA DE LA AFECTACIÓN

Para que un bien entre en el Dominio Público del Estado se requiere de un procedimiento que se denomina “*Afectación*”. Como todo procedimiento en Derecho Público es reglado, pero además en este caso es tan solemne que sólo puede llevarse a cabo por medio de una disposición constitucional o legal.

Igualmente para que un bien salga del Dominio Público del Estado, se requiere de una disposición constitucional o legal que así expresamente lo indique, es el procedimiento que conocemos como “*Desafectación*”.

Es interesante que sea un Capítulo del Código Civil vigente, Capítulo II denominado “De los bienes con relación a las personas”, el que haga referencia al fenómeno de la afectación definiendo y diferenciando el carácter “*público*” de las cosas (bienes), de las privadas sin que podamos encontrar en todo nuestro Ordenamiento Jurídico normativa más genérica al respecto.

Establecen estas disposiciones:

“Artículo 261.- *Son cosas públicas 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.*

Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona.

Artículo 262.- *Las cosas públicas están fuera del comercio, y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándose del uso público a que estaban destinadas.*

Artículo 263.- *El modo de usar y de aprovecharse de las cosas públicas se rige por los respectivos reglamentos administrativos, pero las cuestiones que surjan entre particulares, sobre mejor derecho o preferencia al uso y aprovechamiento de las cosas públicas, serán resueltas por los tribunales.*

3. CONCEPTO DE CONCESIÓN Y SUS CARACTERÍSTICAS

Las Concesiones sobre Bienes de Dominio Público no crean Derechos **Reales**, otorgan simplemente frente a La Administración y sin perjuicio de terceros, poderes, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que se establezcan en las leyes y el acto o título de la Concesión.

En el Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General), del Profesor Ernesto Jinesta Lobo, Biblioteca Jurídica Dike, 2002, se indica en relación al concepto de Concesión:

*...“La Concesión es el acto por el cual la administración pública le transfiere a otro sujeto de derecho –normalmente, un sujeto de derecho privado, sea persona física o jurídica– un poder o derecho propio o no que el segundo no tenía antes. La concesión confiere un estatus jurídico, una situación jurídica o un derecho, precisamente su característica esencial estriba en caracterizarse en ser un acto administrativo creador de derechos. Existen dos tipos de concesiones: a) las constitutivas, que son aquellas por las cuáles la administración pública constituye en los administrados nuevos derechos derivados del ordenamiento jurídico y que se forman ex novo (v.gr. concesiones especiales de derecho público como la explotación y aprovechamiento de las aguas de un río por una empresa para efectos de riego o la concesión sobre el área de uso restringido de la zona marítimo terrestre; y b) las traslativas, **en las que el derecho del concesionario nace como consecuencia directa e inmediata del traspaso de poderes propios del concedente (v.gr. concesiones de servicio público y de obra pública)**. (El destacado no es del original).*

Este mismo autor, cita un voto de la Sala (**Voto No 4351-96 de las 15.33 horas del 9 de julio del 96**) en el que se rescatan las características de titularidad y fiscalización del Estado en relación con la figura de la Concesión:

“... por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona –física o jurídica– por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagados por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. **El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo, es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado,** puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como co-contratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado, es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. Conviene aclarar que el derecho de explotación del servicio público que se concede a particulares, **no es susceptible de ser enajenado,** puesto que esa actividad sigue siendo pública y por ende sometida a su régimen jurídico esencial. El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina de “**colaboración**” y su duración es temporaria, pero

ba de serlo por un lapso tal que razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario. Conviene indicar finalmente, que en algunas ocasiones el contrato de concesión puede incluir tratos especiales para el concesionario, relacionados con su actividad. La doctrina admite como posible que la administración asuma el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio, si éstas pueden afectar la prestación del mismo.” (el destacado no es del original).

Toda la Doctrina en Derecho Administrativo es unívoca al afirmar que en tratándose de la figura de la Concesión, La Administración conserva la titularidad y la fiscalización del Servicio Público, razones por las cuáles se excluye la posibilidad de afectar el bien en relación.

Dentro de este orden de ideas, es importante citar **el Voto 14606-2003 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**, en el que se indicó:

*“...En otro orden de consideraciones, no debe confundirse la privatización de los servicios públicos, esto es, la transferencia definitiva de su titularidad y ejercicio a sujetos de derecho privado con su gestión indirecta por un ente público a través de la figura del concesionario, puesto que, **en esta hipótesis la administración concedente mantiene la titularidad del servicio y de los bienes de dominio público necesarios para su prestación efectiva**, siendo que, únicamente, le transfiere temporalmente al concesionario el ejercicio de algunas potestades para la gestión del servicio –con o sin infraestructura– o la construcción de obras que seguirán siendo de titularidad pública (artículo 121 inciso 14, de la Constitución Política y Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos)...”* (El destacado no es del original).

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 121 INCISO 14) DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Es importante tener presente como se confirmará más adelante con las citas de la Asamblea Nacional Constituyente y de la resolución 3789 –92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que el inciso 14) del artículo 121 de nuestra Constitución Política, contiene tres disposiciones que analizan aspectos independientes e individualizables no obstante su vínculo común.

El artículo 121 inciso 14 señala:

5. ANÁLISIS PÁRRAFO I

“Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación...”

Este párrafo hace referencia al fenómeno de “*afectación*”, que como indicamos con anterioridad es la posibilidad genérica que tiene el Estado de determinar en la normativa constitucional o legal vigente los bienes de Dominio Público, pero además es la posibilidad de:

1. Vía reforma constitucional o norma de rango legal futura de *afectar* bienes al Dominio Público del Estado, que siempre va a implicar *lato sensu* que la **titularidad** de determinados bienes corresponda al Estado.
2. Que esa afectación vaya unida a un destino de uso público o de servicio público dependiendo del bien vinculado a la afectación (Artículo 261 del Código Civil vigente).

Por eso podemos afirmar que el Dominio Público del Estado es una propiedad pública, de derecho público, caracterizada por una amplia serie de limitaciones, impuestas en razón del destino de los bienes que lo componen, y que nacen con el acto de Afectación al que hicimos referencia anteriormente, por lo que no podría modificarse por un acto de “*Concesión*”.

6. ANÁLISIS PÁRRAFO II

El párrafo II del inciso 14) del artículo 121 referido, establece:

“...No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:

- a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional,*
- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;*
- c) Los servicios inalámbricos.*

Los bienes mencionados en los apartes a), b), y c) anteriores sólo podrán ser explotados, por la Administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa”.

Establece concretamente este párrafo la necesidad de una Ley especial de Concesión para la explotación por particulares de los bienes mencionados expresamente.

7. ANÁLISIS PÁRRAFO III

El último párrafo del inciso 14) del artículo 121 señala:

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

La afirmación más importante que debe hacerse en relación con este párrafo es que la figura de la Concesión como se ha indicado con anterioridad en nada afecta ni menoscaba el dominio y control del

Estado respecto de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales. Porque precisamente el concepto de “*Concesión*” y sus características excluyen la posibilidad de enajenación de los bienes del Dominio Público. Veamos qué indica la Asamblea Nacional Constituyente en relación a este párrafo III del inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política.

8. ACTAS DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE EN RELACIÓN AL PÁRRAFO III DEL ARTÍCULO 121 INCISO 14)

Las Actas (Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1952) consignaron las siguientes expresiones en relación al párrafo constitucional que contiene a los puertos como bien de Dominio Público:

“...Los ferrocarriles y muelles nacionales no podrán ser enajenados ni arrendados directa ni indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”. “El Representante Arias sugirió que se incorporara el concepto de que tampoco podrán ser gravados, lo que aceptaron los proponentes de la moción. Sin embargo, el señor Esquivel declaró que votaría el aditamento, pero en la inteligencia de que se reservaba el derecho de estudiar los expedientes legislativos que motivaron la reforma constitucional del 36 y del 37, a fin de recabar las razones que se tuvieron para no incluir el concepto de que los ferrocarriles y muelles nacionales no podrán ser gravados tampoco en forma alguna. El Diputado Chacón expresó que estaba con el inciso, pero que lo consideraba muy drástico, pues hay ocasiones en que el Estado podría verse en la necesidad de deshacerse de un ferrocarril o muelle que no le esté produciendo ningún servicio o utilidad. El Representante Volio Jiménez explicó brevemente los alcances de la reforma constitucional de los años 36 y 37. Agregó que se podía votar la moción en la forma propuesta, pues se entiende que el que no puede vender, pues lógicamente no puede hipotecar o gravar. El Diputado Pinto manifestó que las restricciones apuntadas, estaban bien para las épocas pasadas, pero que no se

justificaban en los momentos actuales, ya que la mayoría de los ferrocarriles dejan sólo pérdidas, de ahí que sea el Estado el único que los explote.

Sometida a votación la última parte fue aprobada..."

El Constituyente no discutió para el caso de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, la posibilidad de la figura de la “concesión” –en la dimensión que la tenemos definida en nuestra legislación vigente–, probablemente, porque en ese momento las obras públicas y su mantenimiento eran asumidas por el Presupuesto del Estado. Es precisamente cuando el Estado Costarricense, por razones de limitaciones presupuestarias, contempla la necesidad de “colaboración” financiera para la construcción de obras nuevas que se aprueba en la Asamblea Legislativa una Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

Independientemente de ello, es importante plantearse si la figura de la “Concesión” es contraria o excluyente, del espíritu del Constituyente en cuanto a la no afectación de los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales. A efectos de ilustración citamos un texto de la “Consulta de Constitucionalidad” que al efecto se realizara con ocasión del trámite del “Proyecto de Ley General de Concesión de Obra Pública”, Expediente Legislativo No. 11.344. Se señala en el Voto No. 3789-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia:

“...En consecuencia, ~~(la concesión)~~– tiene las siguientes características relevantes: a) Por la vía de 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 mantienen en cabeza de la Administración, cb) 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 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 interpretan 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...” (Ni la palabra concesión ni el subrayado es del original).

La resolución anteriormente citada también hace referencia expresa al contenido del artículo 121 inciso 14) de nuestra Constitución Política señalando:

“En efecto, el artículo 121 inciso 14) contiene tres normas distintas, que deben ser claramente diferenciadas :a) La primera, es una norma que habilita a la Asamblea Legislativa para decretar “la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación”. Por una parte, es irrestricta en cuanto se refiere a todos los bienes propios de la Nación y, por otra, reserva a la ley la materia, invalidando actos administrativos de enajenación o aplicación a usos públicos no fundados en ley previa, b) La segunda, prescribe qué bienes no “podrán salir definitivamente del dominio del Estado”. Para esas categorías, que están enunciadas en los incisos a) b) y c), la restricción es total y absoluta en cuanto a “salir del Estado”, pero, de inmediato, la norma modera su severidad advirtiendo que tales categorías de bienes pueden ser “por la administración pública o por particulares” de acuerdo con la ley o mediante concesión

especial; c) *La tercera, es una norma que se refiere específicamente a ciertos bienes (ferrocarriles, muelles y aeropuertos en servicio) no incluidos en las tres categorías de la norma precedente. Si sobre estos bienes nada se dijera, los cubriría la norma de habilitación con que el inciso 14) comienza, como ya se ha visto. Pero la existencia de esta disposición específica implica un régimen jurídico propio para estos bienes, que limita el principio general de enajenación y aplicación a usos públicos de una manera rigurosa: tales bienes “no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa ni indirectamente, ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”. La norma alude en primer lugar, a enajenación, arrendamiento o gravamen, pero la expresión “directa o indirectamente” en el concepto rígido de la disposición puede referirse lo mismo a la situación en que el Estado por sí o por medio de otras entidades jurídicas (sentido subjetivo), o a los casos en que se emplean modalidades o medios que tengan consecuencias o efectos jurídicos equivalentes o similares, aunque per se no supongan técnicamente enajenación, arrendamiento o gravamen (sentido sustantivo). A continuación este rigor se confirma con la expresión “ni salir en forma alguna del dominio y control del Estado”, expresión ésta a la que también hay que dar una amplia cobertura de hipótesis por la vocación de la norma. Ahora bien: si se confronta la sumaria enumeración de algunas características de la concesión que se hizo antes, con lo dispuesto en el artículo 121 inciso 14), se derivan los siguientes comentarios. **El vocablo “enajenación” importa la transmisión del dominio o propiedad de la cosa o titularidad de un derecho a otra persona**, lo que no sucede con la concesión, pues de acuerdo con los propios términos del Proyecto, el Estado conserva el dominio sobre ellos, al punto de que podría recuperarlos –si por razones de interés público así lo llegare a estimar– previa indemnización al concesionario. Difiere igualmente de la figura del arrendamiento,*

pues como contrato sinalagmático que es, el arrendante asegura al arrendatario el uso y disfrute de la cosa por un tiempo determinado, mientras que el último se compromete al pago de una suma de dinero, en tanto en la concesión, si bien es cierto existe un plazo para su explotación, el Estado—como se señaló— puede recuperarlo no obstante el plazo fijado, y el beneficio económico que recibe el concesionario, consiste exclusivamente en el canón o suma de dinero que abonan los usuarios. Tampoco implica gravar el bien, como resulta de los artículos del Proyecto. En otros términos, la obra pública construída será siempre del Estado. De ahí que como bien del dominio público, gozará de las características de imprescriptibilidad, irrenunciabilidad e inembargabilidad que le son propias a este tipo de bienes. En consecuencia, dadas las prerrogativas que el proyecto reserva a la Administración, no es razonable entender que los bienes objeto de la concesión salgan o puedan salir —directa o indirectamente— del dominio y control del Estado. A lo anterior hay que añadirlos amplios poderes de control o fiscalización que el Estado se reserva para sí, incluso en lo referente al estipendio (tarifas por prestación del servicio público) que recibirá el concesionario, el cual deberá fijarse por los organismos competentes de la Administración Pública que se señalan en el Proyecto, todo sobre la base de principios de justicia y razonabilidad, propios del Derecho Público. De ahí que en opinión de esta Sala, no se observa infracción alguna por parte de la norma consultada con respecto al artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política...” (el destacado no es del original).

9. LEY GENERAL DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS CON SERVICIOS PÚBLICOS VIGENTE

El 03 de mayo de 1994 se aprobó la primera Ley General de Concesión de Obra Pública de Costa Rica, Ley 7404, con el propósito de contar con una fuente de financiamiento alterna para satisfacer las

crecientes demandas del sector de infraestructura de transportes. Tres años después, por diferentes motivos no había sido posible iniciar ninguna de las obras que esperaban ser concesionadas en el período 1995-2000.

Respondiendo a esta circunstancia, la Ley original es reformada por la 7762 del 22 de mayo de 1998.

No obstante en su momento el Proyecto de reforma fue adversado por algunos sectores por proponer la concesión de muelles, lo que llevó a la modificación del texto para limitarla a las obras nuevas o las ampliaciones de los muelles existentes. Aún después de su modificación el Proyecto se remite a consulta constitucional por tres puntos básicos: el que no se contemple que la concesión de ferrocarriles, muelles y aeropuertos deban ser autorizados en forma individual por la Asamblea Legislativa, que pudiera afectarse la autonomía de los entes descentralizados territoriales o institucionales al tener éstos que convenir con el Consejo Nacional de Concesiones y que pudiera existir una doble imposición por la potestad otorgada a la administración concedente para cobrar un cánón para la explotación de la Concesión. La Sala Constitucional señaló que las normas no eran inconstitucionales, permitiendo la aprobación de la Ley vigente en abril de 1998. **(Resolución 2318-98 de las diecisiete horas con cincuenta y un minutos del treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y ocho de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).**

En esta resolución se indica expresamente:

“...Es de notar, que la Constitución Política no hace distinción entre obra pública y concesión de servicio público, en los términos en que se plantea en la consulta, y aún cuando esta distinción, pueda ser aconsejable en una buena técnica legislativa su omisión no implica reparo de constitucionalidad alguno. Además, la concesión de obras o servicio público es un contrato típicamente administrativo precisamente por la naturaleza pública del objeto. No debe entonces confundirse la técnica legislativa deseable con lo constitucional o inconstitucional, ya que esto depende del contenido de la propia Constitución y de la norma que se enfrentare a ella, la cual podría incluso estar diseñada conforme a

*una buena técnica legislativa, pero no obstante ser inconstitucional. De ahí que, una determinada norma no esté redactada conforme con una determinada corriente doctrinaria o adolezca de ciertos defectos, ello no implica que sea inconstitucional. Por todo lo anterior esta Sala, estima, que los reparos que los diputados consultantes hacen al Proyecto de Ley en cuanto a este punto, **no se relacionan con problemas de constitucionalidad, sino con criterios de oportunidad y conveniencia del propio legislador**, a quién corresponde regular la materia de la forma que le parezca más viable, claro está, sin violar la Constitución Política. 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 propias del Estado, las que son indelegables e irrenunciables y en modo alguno pueden quedar en manos privadas. Así por ejemplo, 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 se ejercidas esas funciones ni directa ni indirectamente por los particulares. **A criterio de esta Sala, nada impide que por medio de una ley marco, la Asamblea faculte al Poder Ejecutivo para que de en concesión bienes públicos sin que sea necesario 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 resumen, en cuanto a este aspecto consultado, la Sala no encuentra inconstitucionalidad alguna...**" (El destacado no es del original).*

10. REFERENCIA A LA LEY No. 7762 DEL 22 DE MAYO DE 1998

La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos vigente es congruente con la anterior Doctrina y Jurisprudencia citada, como ejemplo nos referiremos a la normativa que establece los conceptos de concesión obra pública y de concesión de obra pública con servicio público.

Señala el Artículo 1ro. Conceptos

- 1.- Esta ley regula los contratos de concesión de obras públicas y de obras con servicios públicos.
- 2.- Para los efectos de esta ley se definen los siguientes conceptos:
 - a) **Concesión de obra pública:** contrato administrativo por el cual la Administración concedente encarga a un tercero el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, la conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a los beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.
 - b) **Concesión de obra con servicio público:** contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un tercero, el cual puede ser persona pública, privada o mixta, el diseño, la planificación, el financiamiento, la construcción, conservación, ampliación o reparación de cualquier bien inmueble público, así como su explotación, prestando los servicios previstos en el contrato a cambio de contraprestaciones cobradas a los usuarios de la obra o a beneficiarios del servicio o de contrapartidas de cualquier tipo pagadas por la Administración concedente.

Los **incisos 2) y 3) del artículo 2**, referidos a la **“Cobertura”** de la Ley vigente establecen que:

- 2.- “...Los ferrocarriles, la 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.

- 3.- En el caso de los muelles de Limón, Mohín, Caldera y Puntarenas, por esta ley, únicamente podrán ser concesionadas las obras nuevas o las ampliaciones que ahí se realicen y no las existentes.

CONCLUSIONES

- 1.- El concepto de “Dominio Público” (propiedad del Estado destinada a un uso o servicio público) difiere del concepto de “Propiedad” en el Derecho Privado.

El Dominio Público posee características de inalienabilidad e imprescriptibilidad que le son consustanciales, y que son imposibles para el concepto de propiedad en el Derecho Privado.

- 2.- También el concepto de “*enajenación*” en Derecho Público difiere del concepto de enajenación en Derecho Privado. En Derecho Privado se considera como enajenación cualquier incidencia en el concepto de “propiedad”.

En el Derecho Público, el concepto de enajenación de un bien de Dominio Público implica el traslado de dominio y éste únicamente puede realizarse mediante una norma de rango constitucional o legal.

- 3.- La concesión es un acto administrativo que no tiene posibilidad de producir una “enajenación” en el sentido de “*afectación*” de los bienes de Dominio Público. La circunstancia de que el Estado mantenga la titularidad y la fiscalización del bien de dominio público excluye cualquier posibilidad al respecto.

- 4.- “...*El derecho de concesión de un servicio público que se conceda a particulares, no es susceptible de ser enajenado, puesto que esa actividad sigue siendo pública y por ende sometida a su régimen jurídico esencial*” (Voto 4351-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

- 5.- No obstante, que el párrafo III del inciso 14) del artículo 121 de nuestra Constitución Política no contempla expresamente la figura de la concesión para nuestros ferrocarriles, muelles y aeropuertos, la misma, por su definición y características no tiene aptitud material legal o constitucional para enajenar tales bienes de Dominio Público o violentar la normativa constitucional.