

Al contestar refiérase
al oficio n.º **19189**

12 de noviembre de 2024
DCP-0319

Licenciada
Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área
Área de Comisiones Legislativas II
ASAMBLEA LEGISLATIVA
Correo: area-comisiones-ii@asamblea.go.cr

Estimada señora:

Asunto: Criterio sobre el proyecto de ley N° 24.009, “Ley Marco de las Asociaciones Público Privadas”.

Damos respuesta a su oficio N° AL-CE23144-0234-2024 de 30 de octubre de 2024, mediante el cual se consulta el criterio del órgano Contralor en relación con el proyecto de referencia.

I.- Sobre el proyecto de ley

La exposición de motivos plantea que las Asociaciones Público-Privadas (APP) son un modelo de colaboración entre el sector público y privado para el desarrollo y gestión de proyectos de infraestructura y servicios públicos, con el objetivo de mejorar la eficiencia, reducir costos, e introducir innovación en áreas clave como transporte, energía, agua, telecomunicaciones y más. Estas asociaciones permiten al sector público delegar ciertas responsabilidades y riesgos al sector privado, aprovechando la experiencia y los recursos de este último, mientras se mantiene el control y la regulación pública.

Mencionan que a nivel internacional, las APP se han convertido en una herramienta importante, especialmente desde la crisis financiera de 2008-2011, cuando los gobiernos comenzaron a buscar alternativas para financiar infraestructuras sin depender completamente de los presupuestos públicos.

Manifiestan que los beneficios de las APP incluyen:

- Mejora de infraestructura mediante la participación de empresas privadas que aportan capital y conocimiento.
- Innovación y eficiencia, especialmente en sectores donde el sector público no tiene la capacidad técnica o financiera para modernizar infraestructuras.
- Reducción de riesgos y responsabilidades compartidos entre ambos sectores.

No obstante, señalan que para que una APP sea exitosa, deben existir marcos normativos y legales claros, un equilibrio en la distribución de riesgos y una estrategia de comunicación efectiva con la sociedad, que ayude a gestionar expectativas y resuelva problemas de percepción pública.

Exponen que en América Latina, la implementación de APP ha mostrado grandes variaciones, debido a diferencias en los marcos normativos de cada país. Mientras que Chile tiene una legislación sólida en la materia desde los años noventa, otros países como Argentina o México han venido mejorando sus marcos legales en la última década para fortalecer estas asociaciones. No obstante, aún persisten desafíos relacionados con la falta de personal capacitado, la definición de plazos adecuados, y la supervisión de proyectos para garantizar su cumplimiento. Los principales desafíos incluyen:

- Déficit de experiencia en gestión pública de APP, lo que puede generar errores de planificación y desviaciones de costos.
- Falta de un marco normativo estable, que limite la incertidumbre jurídica y fomente la confianza de los inversionistas privados.

Por su parte, indican que en el caso de Costa Rica, aunque existen leyes que promueven las APP, como la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (Ley N.º 7762), el país ha enfrentado dificultades significativas en su implementación efectiva. Según el informe de ALIARSE sobre el estado de las APP en Costa Rica (2020), las principales problemáticas incluyen:

- Limitada capacidad de ejecución por parte de las instituciones gubernamentales.
- Falta de un plan estratégico claro para la promoción de proyectos de APP.
- Poca experiencia en el manejo de concesiones en sectores específicos, como la salud pública, que ha generado ciertos retrasos y sobrecostos.

Agregan que aunque el Consejo Nacional de Concesiones (CNC) ha tenido un papel clave en la promoción de APP en el ámbito de infraestructuras viales, la falta de diversificación en los sectores cubiertos por estas asociaciones ha sido una limitación.

Concluyen que las APP son una herramienta valiosa para el desarrollo de infraestructura en América Latina, pero requieren de una planificación adecuada, un marco legal y normativo claro, y una comunicación efectiva entre todos los actores involucrados para garantizar su éxito y sostenibilidad a largo plazo.

Manifiestan que el Consejo Nacional de Concesiones (CNC) de Costa Rica ha demostrado ser ineficiente en la gestión de concesiones y asociaciones público-privadas (APP), especialmente en el área de infraestructura vial. A pesar de las amplias

responsabilidades que tiene, no ha logrado cumplir con los objetivos esperados, lo que ha generado críticas constantes. Los proyectos a cargo del CNC son los más retrasados en las fases previas a la ejecución, y la entidad carece de una gobernanza adecuada, planificación eficiente, y liderazgo político. La falta de recursos y liderazgo ha llevado a que algunas instituciones asuman directamente proyectos de APP, lo que ha dispersado la responsabilidad y dificultado la gestión coherente.

Consideran que el marco legal actual en Costa Rica es insuficiente para abordar eficazmente las APP, ya que las normas vigentes son limitadas, dispersas y carecen de claridad. La ley vigente establece figuras básicas como la concesión de obra pública, pero no cuenta con un marco normativo completo que regule las relaciones entre actores públicos y privados en proyectos APP. Recientemente, se ha intentado mejorar este aspecto con documentos metodológicos que guían la contratación de APP, pero estos aún no abordan las necesidades legales estructurales del país.

Indican que el proyecto de ley propuesto busca robustecer el marco legal de las APP, garantizando estabilidad, transparencia y confianza para los inversores privados. Además, se propone que el CONAPP (Consejo Nacional de APP) esté bajo el Mideplán, lo que podría mejorar la coordinación y planificación de proyectos de APP.

Terminan señalando que la adopción de una ley moderna y clara para las APP es crucial para mejorar la infraestructura y los servicios públicos en Costa Rica. Esta ley debería facilitar la colaboración efectiva entre los sectores público y privado, promoviendo el desarrollo económico, la generación de empleo y la mejora de la calidad de vida de los costarricenses.

II.- Criterio del Despacho

a. Consideraciones preliminares

De previo al análisis particular que corresponde sobre el presente proyecto de ley, resulta de interés una aproximación doctrinaria en relación con la modalidad del negocio sobre el cual se está legislando. Como ya lo ha reseñado en otras oportunidades este órgano contralor, el autor Julio González García se refiere a la colaboración o alianza público-privada de la siguiente manera:

“Los contratos de colaboración público-privada de los que se ha venido hablando hasta ahora disponen de una serie de características peculiares que hace que se separen de las formas tradicionales en las que Administración y particulares llegan a un resultado común en aras del interés general. [...] Por ello, dando un paso más y tomando los elementos que ha señalado entre nosotros GARCÍA-CAPDEPÓN, se puede señalar que los contratos de colaboración público-privada parten de los siguientes elementos: / Por un lado, los contratos de colaboración público-privada se caracterizan por ser complejos, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes, tanto públicos como privados, que excede en mucho la relación bilateral entre Administración y contratista del contrato de obras. [...] /En segundo lugar, el contrato de colaboración público-privada exige un reparto adecuado de riesgos entre el contratista y la Administración, en función de

cuál sea el que esté en mejor condición para afrontarlo./ [...] El tercer factor que acostumbra a concurrir en los CPP —aunque, a diferencia de los restantes, no resulta imprescindible— es la ausencia de financiación presupuestaria, en la medida en que en las modalidades de CPP se suele preferir el pago por el usuario —adaptando el principio del Derecho ambiental, el que contamina paga, que pasaría a ser el que utiliza paga— al pago por parte de la Administración, vía presupuestos o, en el caso de que se recurra a este procedimiento, mediante la constitución de un fondo especial derivado de algún impuesto especial, como ocurre con las gasolinas./ [...] El cuarto factor de los CPP, que es una consecuencia directa de sus efectos sobre el déficit público, estriba en que los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento, incluso en aquellos supuestos en los que es la Administración la que abona la cuantía como consecuencia de algunas de las modalidades que en la actualidad están más en boga, los denominados pagos por disponibilidad o los llamados peajes en la sombra./ [...] El quinto factor que hace que nos encontremos ante un CPP está constituido por el dato de que son modalidades contractuales complejas para lograr un valor añadido complementario en la utilización del dinero público, que es, tal como han señalado las autoridades comunitarias, lo que daría pie a la constitución de un CPP./ [...] Al mismo tiempo, y teniendo en cuenta el coste suplementario en que se incurre con los CPP, habría que realizar una motivación sobre las razones que justifican el recurso a esta modalidad contractual, sujeto a un juicio de razonabilidad. Sería, tal como lo ha señalado la doctrina, una consecuencia del principio de eficiencia en el gasto público.”¹ (El destacado no corresponde al original).

Por tal motivo, no cualquier iniciativa reúne las condiciones para materializarse en una relación APP y además debe considerarse que deben tener las Administraciones las condiciones técnicas y los estudios financieros adecuados para aceptar una propuesta de esa naturaleza, imponiéndose en cada caso el requerimiento indispensable de documentar un delicado análisis de las ventajas de la aplicación de la figura, lo cual debe acreditarse mediante un acto con la motivación correspondiente.

Al respecto, la doctrina española señala:

“Conviene recordar, en relación a esta retribución que las condiciones del reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones (artículo 136 b), es una de las cláusulas que necesariamente se deben incorporar a estos contratos. La posibilidad de un nuevo reparto de riesgos entre el operador privado y la Administración, junto con la estructuración de la financiación, es el aspecto más importante del nuevo contrato desde un punto de vista financiero y de eficiencia...”

¹ González J. “Contrato de colaboración público-privada”. Revista de Administración Pública. No. 170. Mayo-Agosto 2006. Madrid, España. Sitio web: www.cepc.gob.es

Éste es, en síntesis, el régimen de este nuevo contrato que debe ser entendido como una modalidad excepcional ante la imposibilidad técnica, jurídica o económica de acudir a cualquiera de otros contratos típicos. Y es que su extensión indebida puede comportar efectos perniciosos [...] No se olvide que la mera configuración como CPP no implica la no consolidación de déficit sino que para ello, necesariamente, debe estarse a las normas SEC 95. Además, este contrato presenta como principal inconveniente la dificultad de control por parte de la Administración contratante, lo que aconseja un uso prudente de la figura. No en vano, la pluralidad de prestaciones que puede recoger este contrato y su complejidad tanto en el diseño del objeto como en el articulado del procedimiento de licitación y del régimen jurídico del contrato hacen de éste un contrato difícil en tanto como bien afirma González García, se trata de un “contrato para armar”, susceptible de distintas y diversas combinaciones en tanto posibilita atender necesidades complejas.” (GIMENO FELIÚ, José María, Delimitación Conceptual entre el Contrato de Gestión de Servicios Públicos, Contratos de Servicios y el CPP, en Revista Española de Derecho Administrativo 156, Octubre-Diciembre 2012, pp. 49, 50-51)

Como puede verse la complejidad del diseño, y en general la estructuración de la figura, requieren de un conocimiento o apoyo especializado, por lo que la Administración debe contar con el bagaje necesario para que de forma robusta afronte el proyecto que pretende desarrollar.

Sobre estos retos, Díaz Pérez indica:

“El denominador común en todos estos países es la creación de órganos gubernamentales expertos, a veces asociaciones público-privadas, dirigidos a diseñar planes de infraestructuras mediante PPP, mediar en los procesos de licitación, asesorar a las Administraciones y, en definitiva, coordinar a todos los interesados para que el proyecto sea un éxito. Algunos ejemplos son Infrastructure UK, Infrastructure Partnerships Australia, Canadian Council for PPP o Partnerships British Columbia.” (DÍAZ PEREZ, Jaime, Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP), en Boletín económico de ICE, Información Comercial Española, N° 3012, 2011, p. 27)

Por lo tanto, como ya se ha señalado en otras ocasiones (ver oficio No. 8934-2016 del 08 de julio del 2016), los estudios de pre inversión son un factor de éxito de cada proyecto de APP que se llegue a desarrollar. Tales análisis de pre inversión exigen ser realizados con la rigurosidad necesaria que permita asegurar los objetivos y beneficios que motivaron el modelo de APP que se haya definido. Las Administraciones requieren contar con la debida ponderación de los riesgos y potenciales aspectos adversos del negocio para gestionarlos, así como analizar las ganancias o beneficios que motivan la selección de esta modalidad de negocio. Además se debe ponderar la condición financiera para garantizar que el negocio es favorable para el interés público y para el privado que desea participar. A partir de ello se podrá elaborar los indicadores de desempeño que permitan medir la adecuada ejecución del proyecto.

En ese mismo sentido, no se debe perder de vista que dentro de ese espíritu, el modelo de contratación impulsado por la Ley General de Contratación Pública, apuesta por un marcado reforzamiento en materia de planificación y enfatiza en la importancia de realizar un análisis reposado por parte de la administración contratante, de previo a licitar, con respecto a la elección de la modalidad contractual por la cual se decanta, de las distintas figuras y modalidades que contempla el ordenamiento. De tal forma, que expresamente se confirme que el uso de esa modalidad resulta ser la más adecuada para culminar el proyecto, en función de sus alcances, condiciones y características básicas. Resultando trascendental, que la regulación normativa respete los presupuestos fundamentales que conforman la naturaleza de cada modalidad, con el fin de coadyuvar a la Administración en esa labor de definición y selección de la modalidad idónea para el proyecto del que se trate. De manera tal que, procurando la armonización del ordenamiento y lo que marcan las mejores prácticas en la materia, se debe resaltar la importancia que reviste la fase de pre inversión dentro de cualquier procedimiento de contratación que se realice.

Por último, es esencial que se cuente con la supervisión del proyecto efectiva, la cual debe realizar la Administración, siendo que es ella la que determinó los aspectos requeridos para el proyecto. Si esa supervisión se espera realizarla de manera indirecta al contratar a un tercero que la asuma, no debe perder de vista la Administración que dichas contrataciones no la relevan de su responsabilidad en la correcta supervisión del proyecto, como garantía que el objeto que se recibirá, es el adecuado para la satisfacción del interés público.

b. Observaciones sobre la propuesta

Como punto de partida, es preciso señalar que actualmente nuestro ordenamiento no cuenta con una regulación marco en el caso de la asociación público privada como la que se pretende a través de esta iniciativa. De tal forma que esta iniciativa vendrá a convertirse en esa regulación de carácter general en la materia, que serviría como base para regulaciones más específicas en las distintas modalidades de asociación público-privada que se puedan desarrollar.

En esos términos, el objetivo del proyecto, según lo que el propio artículo 1 dispone, es facilitar el uso de la modalidad (asociación público-privada) para el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios públicos. Al respecto, es oportuno señalar que cuando en el segundo párrafo del artículo primero se hace referencia al ámbito de aplicación de la ley, se circunscribe a la mejora en la prestación de servicios públicos a los ciudadanos y no se menciona la infraestructura propiamente, que si bien se puede desprender del párrafo precedente, sería oportuno incorporar la referencia a infraestructura.

En el proyecto se establece como un imperativo la constitución de una sociedad de propósito especial. Al respecto, debe reiterarse que la iniciativa pretende convertirse en una ley marco que resulte de aplicación para las distintas modalidades de asociación público-privada que se pueden utilizar. De tal forma, que se deja a criterio del legislador si considera indispensable que en todos los casos se deba constituir la sociedad de propósito especial, decisión que más bien debería ser el resultado de un análisis particular de la modalidad, le estructura del negocio, el tipo de inversión que se pretenda atraer y los riesgos asociados al negocio.

Con respecto a las modalidades, el artículo noveno de la propuesta se denomina “Generalidades de las modalidades de estructuración”, con lo cual se entiende que no se están regulando tipos contractuales, sino modalidades para la estructuración de los contratos. Si bien, la norma se refiere a generalidades en el encabezado, se incluyen únicamente dos modalidades a saber: concesional y de gestoría. Cada una de ellas contiene un artículo específico que desarrolla con mayor detalle la modalidad.

Sin embargo, se incluye una tercera opción, según la cual queda habilitado el uso de cualquier otra modalidad de estructuración que se defina reglamentariamente, sin que para este casos exista alguna disposición al menos general, del detalle o las condiciones bajo las cuales se debería dar dicha incorporación a nivel reglamentario. Al respecto, el artículo 12 únicamente dispone que estas otras modalidades de estructuración propuestas deberán ser aprobadas por la Autoridad de previo a que el Poder ejecutivo emita el reglamento respectivo y estas deberán ajustarse a las buenas prácticas reconocidas internacionalmente en la materia.

Téngase presente que en el caso de la asociación público-privada, estamos en presencia de negocios complejos, que se extienden normalmente en el tiempo y que requieren un nivel importante de claridad, de tal suerte que en fase de ejecución, al menos las reglas fundamentales de cada figura que se utilice, estén bien definidas y sobre todo claras, para evitar que los negocios no surjan a la vida jurídica teniendo falencias o debilidades de origen.

En la modalidad concesional, a la que se refiere el artículo 10, se dejan por fuera parte de los objetos a los que se refiere el artículo 3, por lo que resulta indispensable verificar que efectivamente se incluyan todos los que corresponda. A manera de ejemplo, no se incluye: la referencia al desarrollo total o parcial, la reconstrucción, la instalación, la reparación, el suministro, transformación o modernización de cualquier activo público nuevo o existente.

En lo que concierne a los pagos y las inversiones por realizar, se indica que podrán ser consideradas dentro de la estructura tarifaria, para lo cual se deberán observar los procedimientos o lineamientos que en la materia llegue a dictar la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep).

Con respecto al plazo contractual si bien se define un plazo máximo de cincuenta años y el artículo menciona que el plazo debe determinarse en función de los estudios que se desarrollen en las etapas de formulación y estructuración, se podría agregar que el plazo debe coincidir con el cumplimiento del fin para el que se suscribe el contrato.

En el caso de la modalidad gestora, se contempla la posibilidad de construir o desarrollar los activos necesarios. Podría resultar de interés establecer a nivel normativo una distinción clara entre las dos modalidades definidas, de tal forma que en casos en los que se incluya la construcción de obra, sea posible determinar con un criterio fijado normativamente cuándo se está en presencia de una u otra modalidad.

En cuanto a las modalidades, más allá de la posibilidad de incorporar otras a nivel reglamentario y lo que se dijo sobre dicha opción, no se observa que se contemple la concesión de instalaciones públicas dentro de la regulación.

En cuanto a estructura que se pretende crear, se observa que esta tiene una organización muy similar a la existente en la actualidad en materia de contratación pública, con la Autoridad de Contratación Pública como cabeza y la Dirección de Contratación Pública como órgano ejecutor, papeles que en la propuesta asumiría la Autoridad Nacional de Asociaciones Público Privadas (ANAPP) y la Dirección General de Asociaciones Público-Privadas (DIGAPP).

Con respecto a las fuentes de financiamiento, el artículo 20 inciso c) establece lo siguiente: "(...) d) *El monto equivalente al dos por ciento (2%) de los ingresos recaudados por el impuesto a la propiedad de vehículos automotores, embarcaciones y aeronaves, previsto en el artículo 9 de la Ley N°7088 de 30 de noviembre de 1987 (...)*".

En cuanto a la proliferación de disposiciones legales que establecen destinos específicos, este órgano contralor, entre otros en el oficio 14512 (DFOE-SOC-1231) del 22 de noviembre de 2017, ha señalado que: Tal y como mencionó esta Contraloría General en el Informe Técnico rendido para el Proyecto de Ley de Presupuesto de la República 2018, investigaciones como la realizada por Camacho y Lankester (2014, p. 24 y 41), han determinado que *"la proliferación de leyes y de mandatos constitucionales que han creado destinos específicos del gasto del Gobierno es uno de los principales problemas de la situación fiscal actual y de la gestión de los recursos públicos, así como de una posición más fuerte de la Sala Constitucional en cuanto a la obligación de cumplir con esas obligaciones."* Por lo que queda a la valoración de los señores diputados y diputadas valorar dentro de la discusión legislativa la pertinencia del mencionado inciso c) del artículo 20.

En relación con la actividad contractual de la ANAPP en el proyecto se establece que se ubicará a la ANAPP en el régimen diferenciado previsto en el artículo 36 y además le resultarán aplicables los artículos 69 y 70 de dicha ley, de conformidad con las condiciones que dichos artículos disponen. Al respecto, es oportuno señalar que en el proyecto no se observa el motivo por el cual la propuesta plantea ambos temas.

Al respecto, corresponde señalar que la Ley General de Contratación Pública tiene dentro de sus bondades, la simplificación como uno de los objetivos principales. Es sabido que el ordenamiento en materia de contratación pública se encontraba antes de la entrada en vigencia de la ley, atomizado y disgregado en distintas normas especiales que establecían regulaciones y condiciones distintas, lo cual no sólo dificulta la labor de los operadores jurídicos, sino que en general convertían a la contratación pública en una materia densa, de difícil comprensión para la ciudadanía. De tal manera que el establecimiento de regulaciones particulares para una Administración o un órgano en específico debería ser el resultado de un análisis reposado en el cual se concluye categóricamente que corresponde a la satisfacción de una necesidad puntual, que no sería posible solventar a través de la regulación ordinaria. De tal modo, que la justificación no pueda estar dirigida exclusivamente a la utilización de umbrales más altos o plazos más cortos.

En ese sentido, se observa que en este caso se pretende que la ANAPP utilice los umbrales del régimen diferenciado. La determinación de los umbrales en el régimen ordinario no viene dada por el legislador, sino que obedece a la naturaleza de cada una de las Administraciones y su incorporación en el Clasificador Institucional del Sector Público que al respecto mantiene el Ministerio de Hacienda. Razón por la cual, se estima que no corresponde, desde el punto de vista técnico, la determinación de la aplicación de un régimen específico en relación con los umbrales, sino que precisamente esto obedece a la naturaleza misma de cada Administración. Empezar a crear regulaciones “a la medida” de cada Administración nos haría regresar al escenario anterior a la Ley General de Contratación Pública, en la que exista una ausencia de claridad y seguridad jurídica. Dicho lo anterior, debe considerarse que la aplicación de regulaciones especiales, no ha venido a significar la solución a los eventuales problemas que se enfrentan en materia de contratación pública, que en su mayoría están asociados a la gestión y no propiamente a la normativa y el régimen aplicable. Lo anterior, se deja a la valoración de los señores diputados.

Igualmente, en cuanto a la habilitación que se pretende para que la ANAPP pueda utilizar los procedimientos especiales que establecen los artículos 69 y 79 de la Ley General de Contratación Pública, es preciso señalar que estos están previstos para aquellas instituciones que se encuentren en competencia. Esta habilitación no resulta arbitraria, sino que obedece específicamente a la condición en la que se encuentran dichas Administración y busca que la aplicación de los procedimientos ordinarios no se convierta en un obstáculo para su desenvolvimiento en un mercado en competencias. De tal manera que no corresponde habilitar el uso de los artículos referidos para un órgano que no se encuentre en competencia. Nuevamente, se reitera que la habilitación de disposiciones especiales en materia de contratación pública debería ser el resultado de un análisis pormenorizado que llegue a la conclusión que esta sería la única forma de poder cumplir adecuadamente con la satisfacción del interés público. Sabiendo además, que la creación de disposiciones especiales, genera complicaciones para los operadores jurídicos y en general debilita el sistema de contratación pública, dificultando el entendimiento de parte de los diferentes actores que se encuentran involucrados.

Como parte de las exigencias que debe contemplar el ciclo de vida de un proyecto de asociación público-privada se debe regular con claridad, que debe existir una acreditación de la idoneidad de la figura para satisfacer la necesidad.

Tratándose del artículo 34, no existe claridad con respecto al penúltimo párrafo del artículo 34 en cuanto a la frase “Independientemente de su origen”, si se refiere a los fondos o al proyecto en sí. Igualmente, la figura de la asociación público-privada debería ser utilizada exclusivamente cuando se acredite que se trata de la vía idónea (y no simplemente conveniente) para la satisfacción del interés público. Entendiendo la idoneidad como la determinación de que se trata de la mejor de las opciones disponibles.

Por otra parte, en relación con las iniciativas privadas, debería aclararse expresamente en el artículo 35 lo concerniente a la aplicación del régimen de prohibiciones para este caso en particular, en función de la remisión que para dicho aspecto realice el proyecto a la Ley General de Contratación Pública. Del mismo modo, no se observa que para el caso de la iniciativa privada se establezca la obligación de tratar el procedimiento de

selección a través de la licitación mayor, como se indica expresamente para el caso de la iniciativa pública. Si bien, se entiende que en ambos casos debe utilizarse dicho procedimiento, debería aclararse en el artículo para generar mayor seguridad en el operador jurídico.

Por su parte, en el caso de la confidencialidad a la que se refiere el artículo 35 inciso f), si bien se entiende que en ciertos supuestos la iniciativa privada debe mantenerse confidencial, la confidencialidad debería ser la excepción y no la regla como lo dispone dicho inciso. Es decir, que en ciertos supuestos se mantenga como confidencial, siendo esta la excepción.

El inciso i) del artículo 35 señala que el proponente de iniciativa privada tendrá derecho a un premio en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación. Si bien se dispone que a nivel normativo se regulará, deberá estar justificado en términos de razonabilidad y proporcionalidad y sin que pueda hacer nugatorio el principio de competencia, se estima que a nivel de ley debería quedar definido con mayor detalle a qué va a corresponder el premio. Si va a tratarse de un porcentaje adicional en la evaluación, preferencia como criterio de desempate, entre otros.

En relación con el procedimiento de selección y si bien la norma establece que la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento resultan ser de aplicación supletoria, la norma no hace referencia a la utilización del sistema digital unificado para efectos de la tramitación de los procedimientos. Lo cual resulta ser un elemento trascendental en términos de publicidad y transparencia, posibilitando además contar con la información necesaria para la generación de estadísticas, la evaluación de los procedimientos, la fiscalización y control no sólo de los órgano competentes sino que además de la ciudadanía y la toma de decisiones informada.

El proyecto sometido a consulta, no cuenta con una regulación específica para los efectos de la modificación contractual, salvo lo previsto en el inciso d) del artículo 37 del proyecto, como parte de lo que deben contemplar los estudios que se realicen en las etapas de prefactibilidad y factibilidad. Sin que se establezca limitación alguna. Por lo que se entiende que resultaría aplicable el dispuesto en la Ley General de Contratación Pública, en virtud de su aplicación supletoria.

En cuanto al procedimiento de selección en los contratos de asociación público-privada, si bien en el artículo 40 se dispone que estos serán adjudicados por el procedimiento de licitación mayor con invitación internacional previsto en esta ley y en su reglamento y que podrá aplicarse supletoriamente la modalidad de precalificación prevista para la licitación mayor conforme a la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986, de 27 de mayo de 2021 y su reglamento, en lo conducente, con las adecuaciones dispuestas en el reglamento a la ley. Sin embargo en el inciso d) del artículo 34 y el último párrafo del 36 se hace referencia a la licitación pública. Siendo este un procedimiento que ya no se encuentra contemplado en la legislación. Razón por la cual, se recomienda ajustar el texto para hacer referencia a que se trata del procedimiento de licitación mayor.

Con respecto al refrendo de los contratos, el artículo 45 pareciera someter a la aprobación de parte de la Contraloría la totalidad de los contratos que se suscriban en aplicación del contenido del proyecto de ley. Al respecto, considerando el ejercicio que de dicha competencia ejerce la Contraloría General y lo que ha indicado la Sala Constitucional en cuanto a la posibilidad de aplicar este control de forma razonable y proporcional, en aquellos casos en los que se genere valor y que por la envergadura de la contratación lo amerite, se propone que la propuesta establezca que el refrendo de los contratos será necesario sólo si de conformidad con el Reglamento para el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública así lo establece.

Finalmente, dentro del proyecto se deroga: “(...) a) *La Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley No. 7762 del 14 de abril de 1998 y sus reformas. Las referencias que otras leyes y reglamentos hagan al Consejo Nacional de Concesiones regulado en la ley que aquí se deroga, se entenderán referidas en lo conducente a la Autoridad Nacional de Asociaciones Público-Privadas regulada en la presente ley.* / b) *La Ley de Modificación parcial de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, No. 7762, Ley No. 8643 del 30 de junio de 2008 (...)*”.

Al respecto, si bien a partir del contenido de la propuesta, hay aspectos de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos que ya no resultarían de aplicación y sin perjuicio de lo que este órgano contralor ha manifestado en anteriores ocasiones en relación con las oportunidades de mejora y desafíos de la concesión de obra pública en el país (por ejemplo se puede ver el oficio 00383 (DCA-0131) del 14 de enero de 2019), no se debe perder de vista que esta iniciativa representa una ley marco, de tal manera que se regulan de forma general las asociaciones público privadas que se encuentran en una relación de género y especie con las distintas modalidades que existen para su desarrollo (concesión, concierto, gestión interesada, entre otros).

De modo que la emisión de esta norma no debería llevar implícita la derogatoria de dicha ley. Al respecto, debe considerarse que existen temas específicos relacionados con la figura de la concesión abordados por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos que no están contemplados con ese nivel de detalle para la concesión, como por ejemplo la distribución de derechos y obligaciones de las partes, etapas de la ejecución, régimen económico, nuevas inversiones, entre otros. Por lo que se debería valorar la posibilidad de modificar dicha regulación en lo que corresponda y no optar directamente por su derogatoria.

c. Conclusiones

A raíz de lo expuesto, si bien a nivel nacional existe la necesidad de contar con una normativa de carácter general que sirva de base para los proyectos de asociación pública privada, de conformidad con los comentarios efectuados se estima que dentro de la regulación propuesta existen disposiciones susceptibles de mejora con el fin de clarificar la norma y que efectivamente esta se convierta en una herramienta idónea que potencie la utilización de figuras dirigidas a la satisfacción de necesidades públicas. Razón por la cual se someten al conocimiento de las señoras y señores diputados, para su valoración.

12

La Contraloría General reitera que las observaciones aquí emitidas tienen un carácter orientador y buscan asegurar el cumplimiento de los principios de legalidad y buena gestión pública.

De esta forma damos por atendida la presente gestión.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División
Contraloría General de la República

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

AAA/nr.

NI: 23548-2024

G: 2024001198-15

Expediente: **CGR-PLY-2024008141**