

SOCIEDADES PÚBLICAS DE ECONOMÍA MIXTA: UNA ALIANZA PÚBLICO PRIVADA PARA LA INVERSIÓN EN OBRA PÚBLICA.

Licda. María José Acosta Feoli

Introducción.

La inversión en obra pública es fundamental para el desarrollo de un país. Esto cobra especial importancia para un caso como el de Costa Rica en el cual el estancamiento en el tema de infraestructura pública ha alcanzado niveles críticos. De acuerdo al estudio del Foro Económico Mundial sobre competitividad global para el período 2011-2012, Costa Rica se encuentra en la posición 101 de 142 países en desarrollo de infraestructura.¹ Si se es deficiente en infraestructura pública, se es en la prestación de servicios públicos.

Los trabajos de obra pública han estado, por lo general, en manos del sector público. Sin embargo, es común que el Estado pase por momentos cruciales en los que deba buscar la manera de salir adelante. El país debe buscar la manera más eficiente de financiar y construir obra pública y tal combinación no siempre es fácil de encontrar. Es así como resulta necesario identificar medidas innovadoras y vehículos no tradicionales que viabilicen y promuevan el desarrollo económico, que

provean al país de los servicios requeridos y permitan a éste estabilizar sus finanzas.²

Ante esta situación- la necesidad de invertir en obra pública y la falta de recursos propios del Estado para hacerlo- el mercado de capitales se presenta como una alternativa interesante. Aprovechar este mercado es una buena opción que ofrecer para invertir en obra pública. Éste es un campo que en Costa Rica no ha sido muy explotado, pero que combinándolo de la manera correcta con el tema de inversión en obra pública, nos proveería de muy interesantes vehículos para seguir adelante con el desarrollo.

La combinación resulta interesante desde dos puntos de vista. Primero, le permitiría al país construir sus obras y prestar sus servicios al público. Por otro lado, el hecho de invertir en bonos de obra pública respaldados por el Estado resultaría útil para traer inversión privada. Los inversionistas, por ser una opción “regulada”, encontrarían en estos títulos una inversión llamativa para colocar su dinero. El país, no vería frenado su desarrollo al atraer

¹ Foro Económico Mundial. Índice de competitividad global. 2011-2012.

² Lex Juris Puerto Rico: Ley de Alianzas Público Privadas. Número 29 del 2009. Exposición de motivos.

inversión privada y construir infraestructura pública.

Hay que analizar esta idea desde otro aspecto muy importante, y es que hoy en día, el Estado opta cada vez más por recibir ayuda externa. Es decir, no estamos en presencia de un Estado que lo intenta hacer todo por sí solo. Tomando que “un buen gobierno no es un lujo, sino un artículo de primera necesidad para el desarrollo”,³ el Estado tiene que aceptar los retos de la realidad presente y buscar mecanismos alternativos para salir adelante.

Es precisamente bajo este contexto que surge la necesidad de unir el sector público y el privado. Esto se logra a través de las llamadas alianzas público privadas. En los últimos años, la figura de la alianza público privada ha adquirido un gran auge, específicamente aquellas creadas o diseñadas para la inversión en obra pública o para la prestación de servicios públicos.

Si bien el Estado, a través de esta figura delega algunas de sus funciones en relación con la construcción de infraestructura al sector privado, ello no significa que va a desentenderse por completo del tema. Lo rico de esa figura es que permite crear modelos tales de asociación entre ambos

sectores, que le permite a cada uno, aportar su conocimiento y experiencia en la materia, manteniendo a la vez un esquema claro de control y de rendición de cuentas.

En relación con la implementación de alianzas público privadas, resulta interesante mencionar lo establecido en el texto de la Ley de Alianzas Público Privadas de Puerto Rico al indicar que “estas Alianzas Público Privadas han prosperado en muchos países, aliviando al sector público de parte de la inversión que requiere la prestación de bienes y servicios.”⁴ Continúa el texto diciendo que “una Alianza Público Privada es una entidad que une recursos y esfuerzos del sector público con recursos del sector privado, mediante una inversión conjunta que resulta beneficiosa para ambas partes... tales Alianzas se instan con el propósito de proveer un servicio a los ciudadanos y ciudadanas, así como para construir u operar una instalación o proyecto de alta prioridad para el Estado, ya sea por su urgencia, necesidad o conveniencia para la ciudadanía.”⁵ Por último, menciona que dichas alianzas deben ser revestidas del más alto interés público, de manera tal que “el Estado no renuncia a su responsabilidad de proteger dicho interés, ni a los derechos de recibir un servicio eficiente, ni a la titularidad de los activos públicos incluidos en el Contrato de Alianza.”⁶

3 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Informe sobre el Desarrollo Mundial. El Estado en un mundo en transformación. 1997.

4 Op cit 2.

5 Op cit 2.

6 Op cit 2.

Con base en lo anterior, es necesario fomentar la inversión en obra pública en el país haciendo uso, por un lado, de alianzas público privadas como instrumento para desarrollar la infraestructura y por otro, de mecanismos alternativos de financiamiento. De igual manera, se debe facilitar la implementación de estas alianzas y mecanismos en el país, para así lograr contribuir con la inversión y construcción de obra pública nacional.

Obra pública y su desarrollo en Costa Rica.

Según el diccionario de la Real Academia Española, obra pública es “La que es de interés general y se destina al uso público; como camino, puerto o faro”.⁷

Para Roberto Dromi, según lo desarrollado en su Obra de Derecho Administrativo, obra pública se define como “un bien (cosa mueble o inmueble y objetos inmateriales) que pertenece a una entidad pública, estatal o no estatal y tiene por finalidad satisfacer un interés colectivo o general.”⁸

Continúa diciendo Dromi, que el concepto de obra pública se puede analizar desde tres puntos de vista: el objetivo, el subjetivo y el teleológico. Desde una perspectiva objetiva, indica que obra pública son todos aquellos bienes muebles, inmuebles y

objetos inmateriales de la Administración Pública. Hace la aclaración, de que cuando de obra pública se trate, aplica el principio de accesoriad- bajo el cual lo accesorio sigue a lo principal.⁹

Por otro lado, está la perspectiva *subjetiva*, bajo la cual obra pública es aquella que pertenezca a una persona pública estatal o no estatal. Finalmente, cita la óptica finalista o teleológica, según la cual obra pública es aquella obra que está destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo.¹⁰

Como se puede ver, la definición de obra pública es bastante general, ya que podría definirse tanto con base en su titular, como en la finalidad de la misma. No obstante, se pueden enumerar algunas de las principales obras que se han clasificado como públicas, entre las cuales están la infraestructura de transporte (entiéndase carreteras, caminos, puentes, aeropuertos, oleoductos, etc.), la hidráulica (presas, redes, etc.), la urbana (calles, parques, alumbrado público, etc.), los edificios públicos, entre otras.

Podría definirse entonces obra pública como infraestructura pública destinada a brindar servicios de diversa índole a la totalidad de los ciudadanos, entendiendo por infraestructura

7 Diccionario en línea de la Real Academia Española. http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtml?origen=RAE&LEMA=obra&SUPIND=0&CAREXT=10000&NEDIC=No#obra_pública.

8 DROMI Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. 12ª Edición, 2009. Página 582.

9 Ibidem.

10 Op cit 8.

el conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización.¹¹

Ahora bien, ¿cómo desarrolla el Estado costarricense sus obras públicas?

La concesión de obra pública es una modalidad de alianza público privada y ha sido el modo indirecto¹² utilizado por la Administración Pública, por excelencia, para el desarrollo de infraestructura pública en el país.

Específicamente sobre lo que es la concesión de obra pública, Roberto Dromi establece que “es un modo de ejecución de la obra pública por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante el plazo determinado”.

Hay que tener claro lo anterior para no confundir la concesión de obra pública con la obra pública en sí. “La obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra y la concesión de obra pública son sus modos de concreción.”¹³

La Procuraduría General de la República (de ahora en adelante “la PGR”) se ha pronunciado sobre el tema y ha indicado en relación con el concepto de concesión pública que:

“La concesión administrativa se ha concebido en nuestro país como una modalidad de contrato administrativo que procura establecer una relación jurídica-administrativa entre el sector público y el sector privado. Este contrato administrativo, en su esencia no es otra cosa que un mecanismo de financiamiento y gestión en el cual el Estado encarga a un privado, vía concurso, para que financie, construya y opere una obra a cambio de contraprestaciones pagadas en su totalidad o parcialmente por los usuarios de la obra o del servicio.”¹⁴

La figura de la concesión de obra pública está regulada en Costa Rica, por la Ley N.7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos del 14 de abril de 1998 (de ahora en adelante la “Ley de Concesión de Obras Públicas”). En ésta se desarrolla la concesión de obra pública pura y simple y la concesión de obra pública con servicio público. Como bien resulta evidente, ambos conceptos difieren en cuanto el primero implica la planificación, financiamiento,

construcción, conservación, etc. de la obra, y el otro implica lo anterior, más la prestación del servicio público.

En Costa Rica, el Consejo Nacional de Concesiones (de ahora en adelante “CNC”) es el ente encargado de las concesiones en el país. Es un órgano con desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (de ahora en adelante el “MOPT”), que cuenta con personalidad jurídica instrumental, por lo que puede administrar los fondos y el presupuesto asignados y concretar los contratos necesarios para cumplir a cabalidad sus funciones.¹⁵

La figura de la concesión ha estado presente en el país desde hace ya varios años. La idea de utilizar este tipo de alianza público privada para el desarrollo de obra pública resultó fascinante en su momento. Haciendo un recorrido por los beneficios que la concesión de obra pública puede traer al país, encontramos muchos. Entre éstos, se pueden mencionar (i) “permitir acelerar el desarrollo de la infraestructura nacional con un impacto favorable en calidad de vida de los ciudadanos, competitividad del país para hacer frente a los retos de los mercados internacionales, atracción de inversiones y nueva tecnología, desarrollo de nuevas regiones; (ii) contribuir con el Estado en mantener el control y la titularidad de las obras y servicios públicos, (iii) agilizar los procesos de construcción de

las obras de infraestructura a gran escala, (iv) fomentar la inversión extranjera, (v) hacer más eficiente y efectiva la operación y la prestación de los servicios públicos, (vi) producir efectos positivos sobre el mercado de valores: generando instrumentos de inversión de largo plazo, ofreciendo nuevas opciones para los fondos de inversión y de pensiones, movilizándolo el ahorro nacional al desarrollo interno, etc.”¹⁶

Todos los puntos antes citados son ciertos. Es decir, la concesión de obra pública puede traerle al país todos esos beneficios. Por ejemplo, permite acelerar el desarrollo de la infraestructura nacional, fomenta la inversión extranjera y puede producir efectos positivos sobre el mercado de valores. No obstante, así como se pueden enumerar ventajas del modelo de concesión de obra pública, otros se han encargado de enlistar las desventajas del mismo.

Carlos G. Gerscovich y Marcelo R. Tavarone en su obra *Financiación de Proyectos (Project Finance)* indican que el esquema de concesión también ofrece algunas desventajas, entre las cuales citan las siguientes:

“El concesionario privado puede tener intereses contrapuestos a los del Estado o a los de los consumidores y pretender ejecutar la obra o realizar su mantenimiento con niveles de calidad inferiores a los previstos

¹¹ Op cit 7.

¹² “La obra pública es una obra artificial, pues es producto del trabajo humano, es decir que no es resultado de la naturaleza. El contrato de obra pública es sólo uno de los medios o formas de realizarla. Los otros modos de realización son la concesión de obra pública, y también directamente por la propia Administración. Es decir que existen dos procedimientos para realizar la obra pública: el directo, por la propia Administración, y el indirecto, por contrato de obra pública, o por concesión de obra pública.” DROMI Op cit 7, Página 581.

¹³ Ernesto Jinesta Lobo. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I (Parte General)*, Biblioteca Jurídica Dike, 2002.

¹⁴ Procuraduría General de la República. *Dictamen N° 268 del 2 de octubre del 2009*.

¹⁵ Consejo Nacional de Concesiones. Sitio oficial en línea. <http://www.cnc.go.cr>

¹⁶ Ibidem.

por la autoridad pública, o bien establecer tarifas excesivamente elevadas,

El concesionario no puede, normalmente, otorgar garantías reales respecto de los bienes más importantes del proyecto, dado que éstos deberán ser transferidos al Estado luego de la etapa operativa,

El concesionario debe asumir un alto grado de riesgo, sobre todo en el caso de las operaciones internacionales, etc.”¹⁷

Como bien indican los autores Gerscovich y Tavarone, la enumeración de ventajas y desventajas es simplemente enunciativa y no pretende agotar la lista de situaciones que se podrían llegar a plantear. Lo que sí hay que tener presente es que la figura de la concesión de obra pública no ha funcionado en Costa Rica como debería. Lamentablemente, la concesión de obra pública y el procedimiento que ésta implica ha ido de la mano de ciertas trabas. Por ejemplo, algunos de los obstáculos con los que ha lidiado la figura es la complejidad de los mecanismos de contratación y el tiempo que implica concluir el procedimiento. Otra de las limitaciones ha sido la gran cantidad de controles previos que exige la regulación para la ejecución del contrato, como por ejemplo la duración del refrendo por parte de la Contraloría General de la República. Al final, el proceso se convierte

sumamente engorroso y la burocracia y la tramitología son quienes marcan la pauta.

No obstante, esto no significa que las concesiones como alianza público privada no funcionen o no puedan funcionar en el país para la inversión en obra pública. Tampoco significa que se quiera evadir todo control público. Esto puede significar que tal vez la concesión- por motivos ajenos a la figura en sí (tales como la falta de un marco institucional adecuado y la falta de personal capacitado)- no ha sido bien implementada en el país.

La alianza público-privada abarca muchísimo más que la concesión de obra pública y cuenta con un sin número de modalidades que se pueden ajustar al contexto; por ejemplo, a las necesidades de cada país. No es lo mismo la implementación de una alianza público privada en un país desarrollado a que la implementación de una de éstas en un país en vías de desarrollo. El enfoque es completamente diferente, y esto es algo que no se debe de dejar a un lado.

Entonces, si bien es cierto que en Costa Rica existe una ley de concesiones, un CNC y algunas concesiones en funcionamiento, es necesario sugerir otros modelos de alianzas público-privadas para la inversión en obra pública y para el desarrollo de infraestructura.

El mercado de capitales como opción de financiamiento de obra pública.

El mercado de capitales, sea para invertir en obra pública o para otro propósito, no se ha desarrollado mucho en Costa Rica. No obstante, la posibilidad de explotarlo y de colocar valores que respalden- por ejemplo- un proyecto de infraestructura, sí existe. Es una realidad, que hacer uso del mercado de capitales puede llegar a convertirse en una opción muy interesante para financiar obra pública.

El titularizar obra pública resultaría en una opción interesante y llamativa para los inversionistas. Esto, porque se supone que dicha titularización gozaría de la aprobación de la Superintendencia General de Valores (de ahora en adelante “SUGEVAL”), lo cual implicaría que el título esté regulado. Es decir, la emisión estaría sujeta a un proceso de autorización y a una serie de requisitos regulatorios. Por un lado entonces, este tipo de títulos constituirían una inversión interesante para los negociantes y por otro, permitirían desarrollar un proyecto específico de obra pública en el país.

Lo anterior lo resalta el autor argentino Fernando Schwartz en su obra “El mercado de capitales- Transparencia y mejores prácticas- El Gobierno de las Empresas Cotizadas” indicando que “el empresariado argentino

le debe poner un voto de confianza al “otro” sistema de financiamiento al cual pueden acceder las empresas, es decir, el Mercado de Capitales, interiorizándose de cómo funciona y cuales son las bondades que ofrece, para así, poder valorar concienzudamente la opción de financiarse mediante alguna de las herramientas que el mismo les brinda, obteniendo los beneficios directos e indirectos que la oferta pública otorga, y por otro lado, poder generar una alternativa cierta y confiable, en donde nuestros vapuleados ahorristas, valoren otra opción en donde poner sus ahorros, con una relación riesgo/ rentabilidad beneficiosa, y dejen de considerar como únicas opciones de ahorro e inversión, las alternativas tradicionales...”¹⁸

El mercado de capitales es definido por este mismo autor como “uno de los sub-órganos del Mercado Financiero, considerando el otro sub-órgano el Mercado de Dinero o Bancario, tiene la función de asignar el ahorro de la economía a la inversión productiva de la forma más eficiente y con el menor costo, y para cumplir con dicho cometido depende de la interacción de la triada inversores/ahorristas-intermediarios- empresas demandantes de créditos, como participantes fundamentales del sistema.”¹⁹

El mercado de capitales está estrechamente relacionado con la actividad financiera de

17 GERSCOVICH y TAVARONE, Financiación de Proyectos (Project Finance). Páginas 19 y 20.

18 SCHVARTZ, Fernando. El mercado de capitales. Transparencia y mejores prácticas. El Gobierno de las Empresas Cotizadas. 2008. Página 52.

19 Ibidem.

un país. Esta actividad se especializa por los sujetos que participan en ella y por las operaciones que se realizan; tiene como objeto, el intercambio de dinero o de valores. A manera de ejemplificar lo anterior, se tiene por un lado, un grupo de sujetos con dinero que buscan invertir y por el otro, uno con determinadas necesidades más, el sistema financiero en el centro. Este último busca facilitar, como bien se mencionó, el intercambio de dinero y *valores* entre las personas.

El artículo segundo del Reglamento de Oferta Pública de Valores establece que “se considera valor cualquier derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no, en un documento que, por su configuración jurídica y régimen de transmisión, pueda ser objeto de negociación en un mercado de valores.”²⁰ Menciona el mismo Reglamento en su texto que son valores las acciones emitidas por sociedades anónimas, las obligaciones negociables emitidas por un ente público o privado, los documentos que tengan la naturaleza de títulos valores y los certificados de participación de los fondos de inversión.

En Costa Rica, por más que se presenten las posibilidades de una variedad de valores, el mercado de valores se ha caracterizado por ser un mercado de deuda a corto plazo y de

alta concentración en el sector público. La Bolsa de Valores sigue negociando valores a corto plazo, o bonos de los bancos. No hay convicción de inversión a largo plazo, siendo lo llamativo para el público inversionista la liquidez de la inversión.²¹

Asimismo, el mercado de valores costarricense es un mercado que no ha logrado profundizar en el mercado accionario. Una razón importante para esto es la visión empresarial familiar que se tiene en el país. En otras palabras, se tiene una idea de empresa en donde se prefiere mantener el capital de manera privada (piénsese entre familiares y amigos), y no público. Las implicaciones de estar en Bolsa y de hacerse una empresa pública son varias, entre las que está el ser completamente transparente, asunto que no resulta llamativo para muchos empresarios. El mercado de valores costarricense está compuesto por 41 emisores. Los emisores son aquellas personas, físicas o jurídicas, que ofrecen los valores. Son aquellas “empresas o fideicomisos que ofrecen valores al público con el fin de obtener recursos para financiar sus proyectos. Pueden ser nacionales o extranjeros, públicos o privados, financieros o no financieros.”²²

En Costa Rica, la gran parte del mercado de valores lo constituye la deuda pública- punto que será comentado más adelante-; por

ello, lo que se encuentra son básicamente emisiones de deuda de ciertos bancos, de financieras y de mutuales, entre otros.

Uno de los emisores que forman parte del mercado de valores costarricense son los fideicomisos de obra pública, o fideicomisos emisores como les han llamado también. El Reglamento de Oferta Pública de Valores se modificó en gran parte en el año 2010 para permitir la titularización de activos por medio de la figura del fideicomiso. Su artículo 73 establece textualmente que el “fideicomiso de desarrollo de obra pública es un contrato en virtud del cual, la Administración Pública suscribe un contrato de fideicomiso con un fiduciario con el único fin de llevar a cabo la ejecución de un proyecto concreto de construcción y desarrollo de obra pública, para su posterior arrendamiento, operativo o financiero, con o sin opción de compra por parte de la Administración Pública.”

Continúa diciendo el mismo numeral que la Administración va a transmitir al fideicomiso un conjunto prefijado de activos o derechos necesarios para desarrollar el proyecto. Entre estos activos o derechos se pueden nombrar los derechos de uso, de usufructo, estudios, diseños preliminares, propiedad intelectual, flujos futuros de efectivo, entre otros.

El Reglamento de Oferta Pública de Valores permite la titularización de activos que provengan de proyectos de desarrollo de obra pública. Para que el fideicomiso emisor cuente con la autorización para hacer oferta

pública de valores debe de empezar porque el fiduciario sea el titular- en calidad de propietario fiduciario- de los activos cedidos en el contrato para el desarrollo del proyecto de obra pública. Partiendo de esto, debe luego someterse a una serie de procedimientos y de autorizaciones.

El numeral 78 del Reglamento regula este tema y ha sido motivo de bastante discusión, ya que muchos alegan que las mencionadas “autorizaciones previas” constituyen trabas en el desarrollo del proyecto y en la oferta pública de las emisiones. En un primer lugar, se establece que el contrato de fideicomiso así como sus contratos conexos, deben respetar el bloque de legalidad de orden público, la normativa de derecho comercial, del mercado de valores y las disposiciones en relación con la materia del Ministerio de Hacienda. En un segundo plano, hay requisitos de autorización más específicos. Al respecto, el artículo 78 establece que:

“a. Previo a la autorización de oferta pública, el fideicomiso y aquellos contratos vinculados que así lo requieran deben contar con las autorizaciones que correspondan, de las dependencias del Ministerio de Hacienda, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Banco Central de Costa Rica, y cualquier otra que se requiera, así como también contar con el refrendo por parte de la Contraloría General de la República.

b. Cuando se trate de un fideicomiso por parte del Poder Ejecutivo o alguna de sus dependencias que por la naturaleza del

20 Reglamento de Oferta Pública de Valores. Aprobado por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante el artículo 11 del acta de la sesión 571-2006 del 20 de abril del 2006. San José, Costa Rica. Artículo 2.

21 Op cit 20, artículo 3.

22 Op cit 18. Página 35.

arrendamiento o alguna de las características del fideicomiso constituya o sea similar a deuda o crédito público, se debe acreditar la aprobación legislativa a la que se refiere el artículo 121 inciso 15 de la Constitución Política. En caso de que no califique como deuda o crédito público o similar, se requiere de una nota del Ministerio de Hacienda validando dicho criterio.

c. En los casos en que parte o la totalidad de los ingresos del fideicomitente provengan de transferencias del Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República o fuente similar, se requiere una carta de no objeción por parte del Ministerio de Hacienda.”²³

De igual manera, sí se cuenta con dichas autorizaciones y se opta por emitir valores y colocarlos en el mercado, no hay que olvidar que ésta es una tarea compleja, ya que dichas emisiones deben de obedecer a una serie de requisitos. Entre éstos, prácticamente podemos resaltar que deben ser valores de contenido crediticio, que deben ofrecerse mediante oferta pública restringida a no ser de contar con una de las garantías específicas que cita el artículo 90 del Reglamento (del Estado costarricense, de una institución financiera internacional multilateral con participación del Estado costarricense o del fideicomitente, cuando “éste posea capacidad económica demostrada y suficiente, en relación con el tamaño de la emisión; así

como que, al momento de la autorización, posea al menos 2 años consecutivos de contar con una calificación de riesgo vigente concedida por una empresa calificadora de riesgo nacional”²⁴) y que los flujos futuros y predecibles provenientes del contrato de arrendamiento resultan esenciales para la emisión de los valores.

Si bien los fideicomisos de obra pública proponen una alternativa atractiva para invertir en obra pública en el país, como se mencionó anteriormente, los fideicomisos están sometidos a una serie de autorizaciones previas y de controles para poder ejecutar sus proyectos. En la práctica, siendo que las autorizaciones involucran entidades como las citadas, los procesos de autorización se convierten en procedimientos largos y engorrosos.

Es decir, si bien es necesario que los fideicomisos cuenten con controles previos, la aprobación por parte de las entidades de la Administración, alargan mucho la ejecución de los proyectos. Tomando esto en consideración, los proyectos que se deseen llevar a cabo mediante los fideicomisos de obra pública deben de ser proyectos suficientemente grandes y buenos económicamente, para que puedan soportar el tiempo y el dinero invertido en los procesos previos de autorización. Dicho de otra manera, los fideicomisos de obra pública pareciera ser que están dirigidos

23 Op cit 20. Artículo 78.

24 Op cit 20. Artículo 90.

a la ejecución de proyectos de infraestructura pública de gran magnitud. De lo contrario, no son una opción muy cómoda.

Alianzas público-privadas: una alternativa para la inversión en obra pública por medio de capital privado.

El concepto de alianza público privada es bastante sencillo; no obstante, más amplio de lo que se podría pensar. Por ello, resulta importante delimitarlo y explicar los principales rasgos que caracterizan este modelo de asociación.²⁵

Las alianzas público-privadas,²⁶ como bien su nombre lo indica, son coaliciones entre el sector privado y el sector público, nacidas principalmente para un propósito específico. La asociación puede establecerse por medio de un contrato entre ambos sectores- vía más utilizada en el pasado- o a través de otra forma legal de asociación, por ejemplo una sociedad. El Fondo Multilateral de Inversiones (de ahora en adelante “el FOMIN”) define la alianza público privada como “un contrato legalmente vinculante entre un gobierno y una empresa para la provisión de bienes y la prestación de servicios que distribuye las

responsabilidades y los riesgos empresariales entre los distintos socios.”²⁷

La alianza público-privada no es un tipo de asociación nueva, sus orígenes se remontan en el tiempo. Se dice que el término es originario de los Estados Unidos en los años 1950’s, utilizado específicamente para lo que eran programas educativos. Más adelante, estas alianzas se fueron utilizando para distintos asuntos, como para renovar la urbanidad de las ciudades o para proveer servicios públicos. Inglaterra fue otro de los países pioneros en la utilización de la iniciativa privada de financiamiento. Si bien la figura se aplicaba con otro nombre, la idea era la misma: apoyarse en capital privado para proveer servicios u obras públicas.

América Latina, naturalmente, aprendió del modelo utilizado por Inglaterra y otros países, y acogió la figura. En los últimos veinte años, la región latinoamericana ha sido la anfitriona de cantidades de alianzas público privadas para el desarrollo de infraestructura pública: “En las últimas dos décadas, la región ha realizado importantes avances en la implementación de reformas económicas. En numerosos países, los sectores de

25 Como primer paso, es menester aclarar que el nombre alianza público-privada no es la única denominación que se le ha dado a este tipo de alianza. Conforme se ha ido desarrollando el tema, su nombre ha ido evolucionando y utilizado indistintamente de varias formas. A manera de ejemplo, no pretendiendo citar una lista taxativa, éstos son algunos de los nombres que se le ha dado a las alianzas público-privadas: Participación Público Privada en infraestructura (“Private Participation in Infrastructure” en inglés), Participación del Sector Privado (“Private-Sector Participation” en inglés), P3 (por su nombre en inglés “Private Public Partnerships”), Iniciativa Privada de Financiamiento (“Private Finance Initiative” en inglés), APP por su siglas, entre otras.

26 Fondo Multilateral de Inversiones. Plan de Acción para grupos de proyectos del FOMIN. Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público Privadas. Octubre 2005. Párrafo 14.

27 Op cit 26. Párrafo 8.

las infraestructuras básicas dependen en mucha menor medida del financiamiento del gobierno. América Latina ha atraído a la mitad de las APP del mundo en desarrollo en los últimos dos decenios. A principios de 1990, los proveedores privados suministraban solamente el 3% del teléfono y la electricidad de la región, y casi ninguna de las empresas de agua se encontraba en manos privadas. En 2003, las empresas privadas de servicios gestionaban el 86% de las telecomunicaciones y el 60% y el 11% de las conexiones de electricidad y agua respectivamente.”²⁸

Es importante mencionar algunas de las razones por las cuáles las alianzas público privadas se han utilizado y se siguen utilizando actualmente. Entre dichas razones encontramos las siguientes:

- i. Como un primer punto, cabe señalar que existen muchísimas limitaciones en el sector público para invertir en obra pública, las cuales afectan directamente la cantidad, la calidad y la renovación de la infraestructura y de la prestación del servicio público.
- ii. Por otro lado, existe evidencia del pobre desempeño que ha tenido el sector público en la ejecución de los proyectos que acoge, en relación con el desarrollo de obra e infraestructura pública.
- iii. Por último, cabe mencionar la aceptación por parte del sector público,

de la necesidad de realizar cambios en el desarrollo de obra pública y en la prestación de servicios públicos.²⁹

Esto lleva a otro asunto que debemos tener presente a la hora de definir el concepto, y es que éste varía según el país en el cual se esté aplicando. En el contexto latinoamericano por ejemplo, la definición de estas alianzas no ha funcionado de manera uniforme. Esto, porque todos los países tienen una realidad, una problemática particular y van a existir diferencias a la hora de implementar las alianzas público privadas en los mismos.

Se ha intentado encontrar un concepto de alianza público privada que se ajuste a las necesidades específicas de cada país para que su puesta en práctica, en el mismo, sea viable. En este sentido, el FOMIN en su plan de acción de Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público-Privadas estableció que:

“Con las lecciones aprendidas de las últimas dos décadas, está surgiendo un nuevo modelo de Alianza Público Privada que hace que los sectores público y privado permanezcan involucrados durante todo el ciclo de vida de un proyecto, incluyendo la construcción, el financiamiento y las operaciones. Con este nuevo modelo, el gobierno comparte los riesgos con el sector privado, haciéndolo más atractivo para los inversionistas de dicho sector y ofreciendo sostenibilidad fiscal a

los gobiernos. Este cluster promoverá y desarrollará este nuevo modelo y buscará el financiamiento de Alianzas Público Privadas personalizadas diseñadas para adaptarse a las situaciones y prioridades concretas de cada país y compartir las lecciones aprendidas de todos los interesados directos de la región.”³⁰

A través del desarrollo de la figura de las P3 en los últimos años, se han podido identificar una serie de aspectos básicos que las caracterizan. Ahora bien, antes de ahondar en dichas características, hay que tener presente siempre que la APP busca ser una figura flexible y creativa que se logre ajustar a las necesidades y realidades del país donde se implemente.

Es decir, las características que se enunciarán a continuación se han presentado en varias alianzas público-privadas, pero esto no significa que deban de presentarse tal cuales en toda asociación entre el sector público y el privado. La figura debe usarse creativamente, ajustándose siempre, en la medida de lo permitido, a cada país o región.

1. Se trata de un convenio entre el sector público y el sector privado, conocido como el “contrato APP”. Este convenio por lo general, implica una relación a largo plazo; sin embargo, existen casos en los que dependiendo del propósito

específico de la asociación, la relación sea por plazos menores.

2. Este convenio puede adoptar varias formas. Es decir, puede ser un contrato, una sociedad u otro tipo de alianza en el tanto sea permitida. Esto es lo que se conoce como “vehículo para fines específicos” o “special purpose vehicle” en inglés. Esta flexibilidad es precisamente uno de los puntos más llamativos de la figura, ya que se presta para muchas cosas.
3. La relación entre ambos sectores nace para el diseño, construcción, financiamiento y/o operación de infraestructura pública o de servicios públicos por cuenta del sector privado. Es decir, el objetivo de las alianzas público privadas es la de dotar de obra pública- sea infraestructura o un servicio directamente.
4. Las alianzas público-privadas establecen objetivos claros y específicos en relación con el desarrollo de la obra o con la prestación del servicio. Es decir, surgen con un propósito y objetivo determinado.
5. Las alianzas público privadas surgen cuando el sector público carece de recursos económicos- y técnicos en ciertas ocasiones- para ofrecer los servicios públicos, dotar de infraestructura al país y ejecutar proyectos en relación con éstos.
6. La asociación público-privada implica, por lo general, la realización de pagos a favor del sector privado a través de la

²⁸ Op Cit 26. Párrafo 2.

²⁹ ROBINSON, CARRILLO, ANUMBA y PATEL. Governance and Knowledge Management for Public Private Partnerships. Wiley-Blackwell. 2010. Página 2.

³⁰ Op cit 26. Párrafo 9.

vida del contrato APP. Estos pagos corren por parte de la Administración Pública o en algunos casos, por ésta y el público en general, como usuarios de la obra o del servicio público.

7. Los convenios entre el sector público y el privado, en la modalidad de las P3, implican, generalmente, una estructura clara y establecida de rendición de cuentas. Esto, recordando siempre la transparencia que se busca exista en la implementación de este tipo de alianza.
8. En la mayoría de los casos como resultado final, la instalación construida termina siendo propiedad de la Administración Pública.³¹

Las alianzas público-privadas constituyen, sin lugar a duda, un método para aumentar la inversión en obra pública. Sin embargo, su implementación debe ir acompañada de una serie de aspectos fundamentales. Cada país interesado debe establecer el marco legal adecuado, debe tener la capacidad necesaria para estructurar contratos que garanticen una buena transferencia de los riesgos a la parte contractual privada y por último, debe vigilar que la alianza sea creada por los motivos correctos: inversión en infraestructura pública de la manera más eficiente posible.

Varios países latinoamericanos ya han implementado la figura de la asociación público privada para invertir en infraestructura

pública, el resultado ha sido completamente positivo. Costa Rica debe de fertilizar el terreno legal-financiero para que se pueda poner en funcionamiento con mayor facilidad, este tipo de figura en el país. Si bien la idea de la APP pareciera ser sumamente provechosa, como se mencionó, es fundamental que se propicien las condiciones para que la semilla germine y dé los frutos previstos.

Otro punto fundamental que hay que tener presente a la hora de implementar una alianza público privada es la transferencia de los riesgos del sector público al sector privado. Esta transferencia debe ser clara, transparente y públicamente establecida. Deben de haber reglas claras en la transferencia de riesgos para que ambas partes sepan a qué se están sometiendo y tomen la decisión con base en esto. Esto genera, en principio, como consecuencia, una mayor eficiencia al prestar los servicios el sector privado.

“Los gobiernos se sienten atraídos por las Alianzas Público Privadas debido a sus posibilidades para desarrollar infraestructura cuando el financiamiento de los presupuestos estatales resulta imposible, evitando los retrasos asociados a la contratación tradicional, y a que aceleran la inversión en infraestructura, transfiriendo el riesgo del sector público al privado y mejorando la eficiencia de las operaciones, la gestión y el mantenimiento de los proyectos.”³²

31 YESCOMBE E. Public-Private Partnerships- Principles of Policy and Finance. 2007. Página 147.

32 Op cit 26. Párrafo 10.

Sin embargo, uno de los problemas que se ha presentado en relación con lo anterior es que no existe un modelo uniforme para evaluar, distribuir y ponerle un precio a ese riesgo.

Para que las asociaciones público privadas sean viables desde el punto de vista económico-social, hay una serie de componentes que, según el FOMIN, se podrían implementar en función de la situación específica de cada país³³: un marco legal, un vehículo de asociación específico (contrato o sociedad), financiamiento de unidades de capacitación de personal y la existencia de fondos para el financiamiento de necesidades prioritarias de infraestructura.

Establecimiento de un régimen normativo o de un marco legal para la implementación de las alianzas público privadas:

El informe del FOMIN recomienda que en principio, lo mejor sería crear normativa específica acerca del funcionamiento de la alianza público-privada en el respectivo país. Dicha regulación debería incluir, entre otras cosas, normas de contabilidad fiscal, normas para la concesión de licencias, especificaciones sobre la construcción de infraestructura pública, lineamientos sobre la prestación de servicios públicos, etc.

En algunos países existe ya legislación específica en relación con las APP's. Por ejemplo, en Puerto Rico existe la Ley de Alianzas Público Privadas N. 29 del 2009 de Puerto Rico, la cual autoriza a todos los departamentos, agencias y corporaciones públicas a establecer alianzas público privadas mediante contrato.³⁴ El texto de la ley define alianza público privada como “cualquier acuerdo entre una Entidad Gubernamental y una o más personas, sujeto a la política pública establecida en esta Ley, cuyos términos están provistos en un Contrato de Alianza, para la delegación de las operaciones, funciones, servicios o responsabilidades de cualquier entidad gubernamental, así como para el diseño, desarrollo, financiamiento, mantenimiento u operación de una o más instalaciones, o cualquier combinación de las anteriores”.³⁵

En México existe también una ley que regula las P3, la Ley de Alianzas Público Privadas de servicios del Estado de Sonora de México. El texto de la misma establece en su artículo primero que la ley es de orden público y que tiene por objeto regular las acciones relativas a la autorización, planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto y seguimiento de los proyectos que se lleven a cabo bajo la modalidad de alianza público

33 Información tomada de Fondo Multilateral de Inversiones. Plan de Acción para grupos de proyectos del FOMIN. Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público Privadas. Octubre 2005.

34 Op cit 2.

35 Op cit 2. Artículo 1.

privada de servicios, así como los contratos que con ese carácter se celebren.” Continúa definiendo alianza público privada como “la asociación entre un ente contratante y un proveedor mediante la cual éste se obliga a prestar, a largo plazo, uno o más servicios con los activos que el mismo construya o provea, por sí o a través de un tercero, incluyendo activos públicos, a cambio de una contraprestación pagadera por el ente contratante por los servicios que le sean proporcionados y según el desempeño del proveedor.”³⁶

En relación con las alianzas, la ley del estado de Sonora en México contiene lineamientos sobre las características que deberían tener los proyectos, la programación de los mismos, la autorización del proyecto en sí, de la administración de éste, etc. Por otro lado, incluye aspectos relacionados con el contrato de alianza público-privada, estableciendo las características básicas que debe tener el mismo. Entre éstas se establecen el plazo para dar inicio a la prestación de servicios, la descripción de los mismos, los riesgos que asumen ambas partes (punto fundamental como se vio líneas atrás), las causales de terminación de la asociación, la metodología de acción, el precio de los servicios y los actos que pueden dar lugar a una modificación al precio del contrato, etc.³⁷

Brasil es otro de los países latinoamericanos que cuenta actualmente con una ley de alianzas público-privadas: la Ley de Alianzas Público-Privadas Número 11079 de diciembre 2004. En su texto se establece que las “parcerías público-privadas” (entiéndase alianzas público privadas) son un tipo especial de concesión caracterizada por el hecho de que la remuneración del contratante privado corre a cargo, total o parcialmente, de la Administración pública actuante.³⁸ En esta ley se define de manera similar a los casos expuestos anteriormente, aspectos fundamentales que deben estar presentes a la hora de implementar una P3.

Elaboración de vehículos específicos para el establecimiento de la alianza público privada en la construcción de infraestructura pública y/o la prestación de un servicio público.

Algo esencial en la implementación de una alianza público-privada es el vehículo que se crea para establecerla. Es decir, el contrato o la asociación entre el sector público y el sector privado. Hay que recordar que estas figuras se deben instituir con creatividad, en el tanto permitan la consecución de los fines propuestos. Es decir, se puede ajustar la creación del vehículo de implementación de la APP a las necesidades y circunstancias específicas de cada país.

36 Ley de Alianzas Público Privadas de Servicios del Estado de Sonora. Ley publicada en la Sección I del Boletín Oficial del Estado de Sonora, el lunes 14 de julio de 2008. Artículo 2.

37 Ibídem. Artículo 32.

38 VALLE J. Brasil da un paso adelante en materia de infraestructura. 06 de marzo del 2005.

Si bien, como ya se expuso, algunas de las leyes de alianzas público privadas incluyen en su texto la forma en la cuál se debe de establecer la asociación, no hay que olvidar que en la medida que no exista una ley específica, las P3 se pueden estructurar de distintas formas. La flexibilidad de la figura es precisamente lo interesante y ventajoso de su implementación.

Constitución de financiamiento de unidades de capacitación de personal.

Según el informe del FOMIN, otro punto esencial en la implementación de las alianzas público-privadas es la preparación del personal que estará involucrado. La idea es que los trabajadores que formarán parte del proyecto estén debidamente preparados para facilitar la ejecución de la alianza. Una de las ventajas de la APP es que por lo general, la empresa privada cuenta con conocimientos técnicos apropiados para la construcción de la obra. No obstante, se propone contar con una unidad de capacitación que pueda proveer conocimientos técnicos, que realice estudios de viabilidad y estructure proyectos pilotos, entre otras cosas.

Este punto es fundamental para que las alianzas público privadas funcionen. El Estado debe tener gente capacitada, gente con conocimiento técnico y familiarizada con el sector privado.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) emitió un reporte denominado “Principios para la participación del sector privado en infraestructura” en el cual se analizaron una serie de puntos esenciales para la inversión privada en infraestructura pública. Como uno de estos principios se estableció la necesidad de los gobiernos de crear las competencias que les permitan convertirse en un socio del mismo nivel que el socio del sector privado. La OECD indicó que esto es un costo que debe de ser tomado en cuenta a la hora de proyectar los gastos del proyecto, ya que resulta esencial que el sector público se capacite y se prepare de la mejor manera.³⁹

Establecimiento de fondos para el financiamiento de necesidades prioritarias de infraestructura.

En relación con el agrupación de fondos de infraestructura para financiar los proyectos más importantes, dice el FOMIN, que el propósito de éstos sería “definir la normativa y las modalidades operativas e identificar las fuentes de financiamiento incluyendo los recursos presupuestarios del gobierno, las garantías del sector privado y el financiamiento junto con el acceso al financiamiento de los mercados locales de capital y la movilización de préstamos.”⁴⁰

39 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD). “Principios para la participación del sector privado en infraestructura”. Francia. 2007. Principio N° 10.

40 Información tomada de: Fondo Multilateral de Inversiones. Plan de Acción para grupos de proyectos del FOMIN. Apoyo a la Competitividad mediante Asociaciones Público Privadas. Octubre 2005.

La alianza público privada en el ámbito municipal.

Hay que tener presente que la alianza público-privada es una asociación entre el sector público y el privado, sector público no necesariamente significando Gobierno central o Administración Pública como un todo. La parte pública de la alianza público-privada puede ser administración pública en sentido amplio. Es decir, puede establecerse una alianza entre el sector privado y cualquiera de los sectores que conforman la Administración pública. Piénsese por ejemplo, en una municipalidad.

De igual manera, el concepto de infraestructura pública abarca todas las obras públicas, incluidas en éstas, las obras municipales. Los servicios públicos municipales son servicios públicos y las obras municipales junto a los primeros, son obra pública.

En los últimos años, se ha ido fomentando la utilización de alianzas público-privadas para invertir en obra pública municipal y varios países latinoamericanos han acogido la idea. El Banco Interamericano de Desarrollo (de ahora en adelante el "BID"), específicamente a través del FOMIN, emitió un documento enfocado a la situación de Brasil, titulado "Programa de Apoyo a la Estructuración

y el Desarrollo de Modelos de Micro APP Municipales".

El objetivo principal de este proyecto fue: "contribuir a incrementar la competitividad y mejorar las condiciones sociales en pequeños municipios del Brasil, a través de la promoción de Micro APP para la provisión de servicios públicos esenciales."⁴¹ Para lograrlo, su propósito fue "apoyar la estructuración, implantación, evaluación y diseminación de Modelos Institucionales y Mecanismos de Gobernanza alternativos de Micro APP Municipales, a través de pequeños proveedores locales, orientados hacia la prestación de servicios públicos esenciales a la población de menor poder adquisitivo."⁴²

Adicionalmente, el proyecto planteó "fortalecer el capital técnico, operativo e institucional de las administraciones públicas municipales y de los pequeños y medios proveedores locales, a fin de construir una sinergia sostenible de largo plazo para la operacionalización de micro APP sociales, de acuerdo con las necesidades y limitaciones de la realidad local de la comunidad beneficiada."⁴³

En este informe se trabajó con un concepto amplio de alianza público-privada, ya que se indicó que la aplicación de estas asociaciones estaría limitada a los municipios, a través de

41 Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Multilateral de Inversiones. "Programa de Apoyo a la Estructuración y el Desarrollo de Modelos de Micro APP Municipales". 2004.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

obras locales, entendiendo alianza público privada como "cualquier instrumento de asociación, de alianza, de concesión, de permiso y de contratos de gestión, siempre y cuando involucre a sectores público y privado, en la esfera municipal, al amparo de marcos legales regulatorios, y cuando presente viabilidad técnica, económica, financiera y operacional para responder a la necesidades de infraestructura económica y social."⁴⁴

Similar al Programa de Apoyo a la Estructuración y el Desarrollo de Modelos de Micro APP Municipales, el FOMIN del BID emitió el presente año⁴⁵ un programa para la implementación de alianzas público-privadas para el ámbito municipal en El Salvador. El programa "Implementación de alianzas público privadas para el manejo de mercados municipales en El Salvador" propone ideas sumamente interesantes, guiadas por el objetivo del proyecto que es "contribuir a integrar y expandir el concepto de alianzas público-privadas a nivel municipal y subnacional".⁴⁶

El programa es un plan piloto para poner en funcionamiento las P3 en las municipalidades de El Salvador, para lo cual proveerá de asistencia técnica a los municipios para crear modelos de APP lo suficientemente atractivos para interesar la inversión del sector privado.

La idea detrás de estos programas del BID es que si bien ya hace varios años se trabaja con alianzas público-privadas a nivel nacional, la implementación de estas formas de asociación se debe de intentar a nivel municipal porque los proyectos al ser más pequeños, son mucho más manejables.⁴⁷

El principio rector en la ejecución de estas APP es el fortalecimiento de la transparencia en la administración de la infraestructura municipal, como también en la prestación de los servicios municipales.⁴⁸

La figura de la alianza público-privada no ha sido altamente explotada en Costa Rica. Su implementación para la inversión en obra pública ha estado limitada prácticamente a la utilización de la concesión de obra pública. Como hemos mencionado anteriormente, las alianzas entre el sector público y el privado pueden tomar varias formas, y esto no ha sido aprovechado en el país. Al ser la figura sumamente flexible, se presta para idear distintos vehículos de asociación.

Teniendo presente que lo que se busca proponer una modalidad de alianza público privada para ser implementada en el país, que se amolde en gran medida a las necesidades y realidad de Costa Rica, cabe recordar los puntos que según el FOMIN deben ser

44 Ibidem. Párrafo 2.10.

45 2011.

46 Banco Interamericano de Desarrollo. Fondo Multilateral de Inversiones. "Implementación de alianzas público privadas para el manejo de mercados municipales en El Salvador." 2011. Página 1.

47 Ibidem. Página 4.

48 Ibidem. Página 5.

tomados en cuenta para la puesta en marcha de una APP: “un marco legal, un vehículo de asociación específico (contrato o sociedad), financiamiento de unidades de capacitación de personal y la existencia de fondos para el financiamiento de necesidades prioritarias de infraestructura”.⁴⁹

En relación con estos puntos, los últimos dos relacionados con financiamiento, son un poco más difíciles de lograr que los primeros. Esto se debe a que la falta de recursos por lo general es el centro del problema o si hay recursos, éstos están mal administrados o no existen proyectos en los cuáles invertirlos. Por otro lado, los primeros dos puntos, relacionados con la existencia de un marco legal adecuado y un vehículo de asociación específico, si son más factibles. Esto, unido a la nueva tendencia de llevar la alianza público-privada a nivel municipal, conlleva a sugerir la implementación de alianza público privada, que puedan ser fácilmente aplicadas a nivel municipal, que cuenten con un marco legal establecido y con un vehículo de asociación definido.

Las sociedades públicas de economía mixta (“SPEM’s”).

Las sociedades públicas de economía mixta (de ahora en adelante las “SPEM’s”) son básicamente una alianza entre el sector

público a nivel municipal y el sector privado. La Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, Ley N. 8828 del 29 de abril del 2010 (de ahora en adelante la “Ley Reguladora de las SPEM’s”) es la norma encargada de regular las SPEM’s y su actividad.

El Código Municipal faculta en su artículo 13 al Consejo Municipal para autorizar la constitución de SPEM’s el establecer que son atribuciones del concejo “constituir, por iniciativa del alcalde municipal, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y **autorizar la constitución de sociedades públicas de economía mixta...**” (El resaltado no es del original).⁵⁰

La Ley Reguladora de las SPEM’s lo que hace es desarrollar el contenido del citado inciso q) del artículo 13 de Código Municipal. No obstante, como se expondrá a continuación, esta ley deja poco claros, varios puntos en relación con la constitución y el funcionamiento de las SPEM’s, prestándose para cierta discusión.

Estas sociedades de economía mixta tienen como objeto “la ejecución de las obras necesarias prioritarias para el desarrollo de la comunidad y las de servicios públicos locales, con el fin de satisfacer, oportuna

y adecuadamente, los intereses de los munícipes”.⁵¹ Para ello, las SPEM’s están facultadas para formar alianzas estratégicas con instituciones públicas y con el sector privado con el propósito de desarrollar los proyectos ideados para la prestación de los servicios públicos municipales o para la construcción de la infraestructura.⁵²

Esta posibilidad de formar alianzas estratégicas que la Ley Reguladora de las SPEM’s le da a estas sociedades, es quizás uno de los puntos más valiosos y rescatables de la ley. Más adelante se analizará este punto con mayor detalle, pero sí es importante tenerlo presente.

En cuanto al domicilio de las sociedades, la Ley Reguladora de las SPEM’s establece que será el cantón de origen. No obstante, el artículo 4 de la misma es claro en establecer que “sin perjuicio de ello, podrá establecer oficinas en otros cantones del país, cuando exista un acuerdo municipal que así lo autorice, del concejo de las municipalidades involucradas, para ello, se requiere la aprobación de dos tercios del total de los miembros que integran el concejo...”⁵³ Esto parece indicar que las sociedades pueden ejercer sus negocios o actividades en otros

cantones del país, punto interesante ya que expande su campo de acción.

Ahora, para crear estas sociedades se requiere la participación de la municipalidad- que ostentará un 51%- y la del sector privado- quien tendrá el 49% restante. El artículo 22 de la Ley Reguladora de las SPEM’s establece como requisito esencial para su formación, la participación de al menos un sujeto privado, que se escogerá siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Administrativa.

La Ley de Contratación Administrativa no establece un procedimiento específico para la escogencia del sujeto privado de las SPEM’s; pero sí menciona en su artículo 57 que “las contrataciones de obra pública se efectuarán por licitación pública, licitación abreviada o contratación directa, según su monto”.⁵⁴ La relación del tipo de procedimiento según el monto está establecida en el artículo 27 de la misma ley.

Hay que tener presente que las municipalidades poseen autonomía política, administrativa y financiera- autonomía que les confiere la Constitución Política- y que dentro de sus atribuciones está acordar sus presupuestos

49 Op cit 40.

50 Código Municipal. Ley 7794 del 30 de abril de 1998. Artículo 13.

51 Ley Reguladora de la Actividad de las Sociedades Públicas de Economía Mixta, Ley N. 8828 del 29 de abril del 2010. Artículo 2.

52 Ibídem. Artículo 7.

53 Op cit 51. Artículo 4

54 Ley de Contratación Administrativa. Artículo 57.

y ejecutarlos.⁵⁵ El gobierno municipal está legitimado para “acordar los presupuestos y aprobar las contribuciones, tasas y precios que cobre por los servicios municipales, así como proponer los proyectos de tributos municipales a la Asamblea Legislativa”⁵⁶

Considerando que la Ley de Contratación Administrativa toma como base para determinar el tipo de procedimiento el presupuesto autorizado de la administración “específicamente lo contemplado para respaldar sus necesidades de contratar bienes y servicios no personales”, habría que considerar cuál fue el monto determinado por la municipalidad en su presupuesto para tales bienes y servicios.

La Ley Reguladora de las SPEM's simplemente remite a la Ley de Contratación Administrativa para la contratación del sujeto privado que formará parte de la SPEM, pero la Ley de Contratación Administrativa no posee un procedimiento específico para el caso. El procedimiento a seguir no queda completamente claro y pareciera ser, que remite a la licitación pública, a la licitación abreviada o a la contratación directa dependiendo del monto del proyecto.

Una vez seleccionado el socio privado, se podrá proceder a confeccionar la SPEM. Ésta, de acuerdo a lo establecido en su ley

reguladora, se rige por los mismos principios y normas que las sociedades anónimas.⁵⁷ sin perjuicio de las regulaciones que existan por participar la Administración Pública. Así que, se constituirá por medio de una escritura constitutiva y ésta deberá inscribirse en el Registro Nacional, específicamente en el Registro de Personas Jurídicas.

El capital accionario de la SPEM pertenecerá al menos en el cincuenta y uno por ciento (51%) a la municipalidad y en el porcentaje restante pertenecerá al o a los sujeto(s) privado(s)⁵⁸. La ley no es clara a la hora de analizar cómo deberá de representarse el capital social de la SPEM. Pensando que las SPEM's se rigen bajo las mismas reglas de las sociedades anónimas, ¿qué impide que se puedan constituir SPEM's con un capital social de ¢1000 (mil colones) por ejemplo? Una opción razonable sería que el capital social de la sociedad represente el presupuesto del proyecto para el cual se está constituyendo la SPEM o al menos un porcentaje; sin embargo, esto no está claro. Al parecer, no hay limitación en relación con el capital, por lo que podría ajustarse a la relación deuda-capital del proyecto.

Considerar los porcentajes de participación en el capital accionario lleva a otro punto importante, y es el hecho que la mayoría de las acciones sean propiedad de la municipalidad.

55 Op cit 50. Artículo 4.
56 Op cit 50. Artículo 12.
57 Op cit 51. Artículo 3.
58 Op cit 51. Artículo 24.

Lo anterior conlleva varias consecuencias, la primera de ellas es que convierte a la sociedad en una sociedad pública. Por lo que la SPEM está sujeta a todos los controles públicos a los cuales están sometidas las empresas públicas, como por ejemplo a la aprobación anual por parte de la Contraloría General de la República de su presupuesto.

Que la municipalidad sea dueña del 51% de las acciones responde al deseo de que ésta mantenga control sobre la SPEM. En relación con este punto, el artículo 24 de la Ley Reguladora de las SPEM's es claro al establecer que “...en este sentido, las acciones de las municipalidades en las SPEM, que garanticen el control municipal de estas empresas, serán intransferibles a sujetos de Derecho privado”.⁵⁹ Establece también, que no serán aplicables a ellas “esquemas de acciones preferenciales u otros mecanismos societarios que puedan afectar el control de las municipalidades sobre sus asambleas generales de accionistas.”⁶⁰

En otras legislaciones, se ha recurrido a la figura de las llamadas “acciones de oro” para solucionar, y a la vez evitar, este problema. Las acciones de oro o “golden shares” son acciones de la sociedad que llevan consigo el poder de vetar las demás acciones en ciertas circunstancias específicas. Por lo general, se trata de acciones que pertenecen al Estado

y ese poder de veto existe, para que la Administración Pública pueda mantener el control cuando participa conjuntamente con el sector privado.⁶¹ Inglaterra ha utilizado mucho esta figura en el pasado, al igual que España.

Las acciones de oro son una solución alterna a la mayoría accionaria para lograr que el sector público controle la sociedad en temas que le interesan directamente. El hecho que el sector público- en este caso la municipalidad- tenga la mayoría de las acciones es por un lado, una opción no atractiva para el socio privado porque es difícil encontrar un socio que decida conformar la sociedad sabiendo que será minoría y que no tendrá poder a la hora de tomar decisiones y por otro, una opción nada económica para la misma municipalidad, ya que en teoría su aporte debe de ser mayor.

En cuanto al patrimonio de las SPEM's, éste estaría compuesto por las inversiones en acciones que hagan la municipalidad y el sector privado participante, como también por las donaciones y transferencias que reciba.⁶² Estas sociedades están facultadas por el artículo 25 de la Ley Reguladora de las SPEM's para recibir donaciones. Igualmente, el numeral 26 de la misma ley les permite acudir al financiamiento bancario de ser necesario.

59 Ibídem.
60 Ibídem.
61 Información tomada de Enciclopedia en línea Investopedia. <http://www.investopedia.com>
62 Op cit 51. Artículo 27.

La municipalidad, previo acuerdo adoptado por mayoría calificada del Consejo Municipal, puede invertir en la SPEM. Esta inversión puede ser en dinero o en especie.⁶³ Este último tipo de aporte resulta fundamental a la hora de pensar en la creación de una de estas alianzas público privadas, ya que la municipalidad podría aportar- como aporte en especie- el uso de un bien municipal (no el bien en sí) por ejemplo. Siendo la falta de recursos económicos uno de los problemas más comunes, los aportes en especie abren un portillo sumamente interesante.

En relación con otros aspectos importantes de la escritura constitutiva de la SPEM, su ley reguladora también establece, que la sociedad deberá tener una estructura administrativa mínima compuesta de la siguiente manera: asamblea general de accionistas, junta directiva y un fiscal.⁶⁴ Establece al respecto el artículo 12 que “el Pacto Constitutivo respetará esta organización mínima, pero se podrán incluir otros órganos sociales, siempre y cuando sean congruentes con la naturaleza y los fines de estas sociedades y se conformen con los preceptos de la presente Ley, el Código de Comercio, Ley N.º

3284; el Código Municipal, Ley N.º 7794, y la demás normativa pública o privada aplicable, para una adecuada gestión social”.⁶⁵

La asamblea de accionistas es el órgano máximo de la SPEM y sus sesiones serán coordinadas por el presidente de la junta directiva y en su defecto, por el vicepresidente de la misma.⁶⁶

Por otro lado, la junta directiva será escogida por la asamblea general de accionistas por un período de dos años. La junta directiva de las SPEM's está compuesta por cinco integrantes, de los cuales 3 miembros son propuestos por la municipalidad y los otros 2 son propuestos por el socio privado de la SPEM.⁶⁷ La junta directiva realizará sus sesiones ordinariamente una vez a la semana, y de manera extraordinaria, “cuando sea convocada por el presidente, el vicepresidente en ausencia de aquel, por dos miembros o el fiscal”.⁶⁸

La representación judicial y extrajudicial de la SPEM la va a tener el presidente de la junta directiva, quien tendrá facultades de apoderado general de la misma. Su

63 Op cit 51. Artículo 23.

Artículo 23- Autorización para invertir

Previo acuerdo adoptado por mayoría calificada de los concejos municipales respectivos, las municipalidades participantes quedan autorizadas para invertir en estas empresas. Para tal efecto, el monto requerido será presupuestado en un solo período o en varios períodos; además, podrán hacer aportes en especie. De igual manera lo podrán hacer las instituciones del Estado.

64 Op cit 51. Artículo 12.

65 Op cit 51. Artículo 12.

66 Op cit 51. Artículo 14.

67 Op cit 51. Artículo 15.

68 Ibídem.

nombramiento será de un año, al igual que el de su vicepresidente, quien lo reemplazará en sus ausencias temporales.⁶⁹

Una vez conformadas las SPEM's, la Ley Reguladora de la misma establece las atribuciones que le corresponden a estas sociedades. Al respecto, el artículo 5 establece que son atribuciones suyas, las siguientes:

“a) Modernizar, racionalizar y ampliar los servicios públicos y las actividades productivas existentes.

b) Desarrollar nuevas actividades productivas, con el propósito de unificar integralmente los recursos humanos, naturales y de capital.

c) Promover el desarrollo humano integral...”⁷⁰

De igual manera, se les faculta a estas sociedades la realización de ciertas actividades mercantiles. En relación con el inciso a) y b) del artículo 5 anteriormente mencionado, se dice que el concejo municipal determinará las actividades productivas existentes y podrá en cuanto a éstas:

“a) Orientar y estimular la estructura productiva regional, proyectada a la comercialización nacional e internacional.

b) Fomentar y diversificar la comercialización nacional e internacional de bienes y servicios.

c) Integrar, de manera coordinada, los distintos sectores que componen el sistema económico regional, para aprovechar las oportunidades de desarrollo productivo, ambiental y humano.

d) Integrar el esfuerzo regional institucional del país a las políticas de las sociedades municipales de economía mixta.

e) Crear los mecanismos necesarios para la exportación de los productos que se dan en la región.”⁷¹

La Ley Reguladora de las SPEM's permite a éstas la realización de varias operaciones técnicas y financieras para el mejoramiento de sus funciones⁷². Entre estas operaciones está la emisión de bonos dentro de las regulaciones de la SUGEVAL y del artículo 87 del Código Municipal.⁷³ La posibilidad de emitir bonos para el financiamiento de las actividades de las SPEM's, al igual que el aporte en especie, es un aspecto sumamente rico que debe de ser aprovechado.

Las SPEM's, como se logró determinar, son alianzas entre el sector público (municipalidades) y el sector privado, que poseen las siguientes características:

En relación con el vehículo de asociación, se trata de una sociedad, que se constituye

69 Op cit 51. Artículo 111.

70 Op Cit 51. Artículo 5.

71 Op cit 51. Artículo 8.

72 Op cit 51. Artículo 9.

73 Op cit 50. Artículo 87. — Las municipalidades podrán emitir bonos para financiarse. Estos títulos estarán sujetos a las reglas de la Comisión Nacional de Valores y estarán exentos del pago de toda clase de impuestos.

El Estado, las entidades autónomas y semiautónomas, las empresas estatales estructuradas como sociedades anónimas y las municipalidades están facultadas para invertir en bonos municipales.

entre ambos sectores y se rige según las regulaciones de las sociedades anónimas. En cuanto al marco normativo, su campo de acción está debidamente delimitado por medio de la Ley Reguladora de las SPEM's. Son alianzas público privadas que surgen para la ejecución de obras necesarias para el desarrollo de la comunidad y para la prestación de servicios públicos locales.

Son APP que surgen con un propósito específico- que estará delimitado en el objeto de la sociedad- y para la confección de una obra determinada.

Al ser la municipalidad el sector público participante, se trata de proyectos más pequeños (en tamaño y dinero) y por ello, más ejecutables.

En relación con el financiamiento, permiten la posibilidad de emitir bonos y colocarlos en el mercado de valores.

La figura de la SPEM no ha sido muy utilizada en el país. La mayoría de las municipalidades desconocen por completo el concepto de las sociedades públicas de economía mixta. Muy pocas son las municipalidades que saben del tema, y a la fecha⁷⁴, solamente se han dado dos intentos de constituir una SPEM.

El primer fue de un grupo de cantones guanacastecos, los cuales formaron la

empresa "Ecotecnología de la Altura S.A.". Esta sociedad está inscrita en el Registro Nacional bajo el número de cédula jurídica número 3-101-424905. Sin embargo, el capital social de "Ecotecnología de la Altura S.A." pertenece en su totalidad a las municipalidades de Tilarán, de Cañas, de Bagaces y de Abangares, lo cual hace que dicha sociedad no sea una sociedad pública de economía mixta porque para que lo sea, la presencia del sector privado es requisito fundamental.

Si bien de primera entrada se descarta que sea una SPEM, es interesante analizar ciertos aspectos de su pacto constitutivo. En relación con su objeto, se indica que será "principalmente el administrar el Relleno Sanitario donde se dará el tratamiento y se dispondrá finalmente de los desechos sólidos de los cantones de Cañas, Tilarán, Bagaces y Abangares u otros que la empresa determine, sin perjuicio de que pueda dedicarse a la prestación de servicios públicos locales en la jurisdicción descrita anteriormente..."⁷⁵

En cuanto al capital social, se estableció uno de ₡100000 (cien mil colones) representado por cien acciones comunes y nominativas de mil colones cada una, las cuales fueron íntegramente pagadas y suscritas entre todas las municipalidades. En lo demás, la sociedad se constituyó como cualquier otra sociedad anónima. Se estableció la reserva legal, una

⁷⁴ Agosto, 2011.

⁷⁵ Pacto constitutivo, sociedad anónima "Ecotecnología de la Altura", número 3-101-424905, inscrita en el Registro Público bajo las siguientes citas: tomo 560, asiento 9013.

junta directiva, causales de liquidación, etc. Lo interesante del caso de "Ecotecnología de la Altura S.A." es que existe un informe del Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (de ahora en adelante el "IFAM") denominado "Ecotecnología de la Altura S.A.: propuesta de una empresa de economía mixta para los cantones de la altura guanacasteca" en el cual se propone buscar un socio privado para formar una SPEM con "Ecotecnología de la Altura S.A." El informe confunde los pasos al establecer que primero se crea la sociedad de economía mixta y una vez que ésta está inscrita en el Registro Nacional se realiza el procedimiento establecido por la Ley de Contratación Administrativa para seleccionar al socio privado. En este caso no está claro el concepto de sociedad pública de economía mixta ya que como se ha venido mencionando, no se podría constituir ni inscribir en el Registro Nacional sin la presencia del socio privado.

La otra SPEM de la cual se tiene conocimiento es una sociedad creada por la Municipalidad de Golfito. Sin embargo, ésta aún no está inscrita en el Registro Nacional, por lo que se dificultó obtener la información específica de su constitución. Según el IFAM, la SPEM creada por la Municipalidad de Golfito comete el mismo error en relación con la participación del sector privado que "Ecotecnología de la Altura S.A.", otorgándole el 100% del capital accionario a la municipalidad. Sin embargo, al no estar inscrita en el Registro Público, lo anterior no se puede corroborar con seguridad.

Así las cosas, por el momento no existe una SPEM debidamente constituida y propiamente inscrita en el Registro Nacional como tal.

Conclusiones.

La necesidad de inversión en obra pública a través de modelos novedosos.

Costa Rica, al igual que todos los países de la región, necesita invertir en infraestructura pública para seguir adelante. Sencillamente, la construcción de infraestructura pública no es algo que se pueda sacrificar a la hora de planear el presupuesto de una nación. Dicho de otra forma, el Estado no puede darse el lujo de obviar la carencia de infraestructura; por el contrario, la inversión en infraestructura pública es y debe seguir siendo una prioridad.

Esto cobra más sentido si se considera que Costa Rica está en la posición número 101 de 142 de nivel de infraestructura según el reporte del Foro Económico Mundial sobre competitividad global. Específicamente, en cuanto a la infraestructura de caminos está en la posición 124 y en infraestructura de puertos está en la posición 137 de 142. Evidentemente, tiene un déficit de infraestructura y debe de invertir en esto como país.

Como es natural, la construcción de obra pública y la prestación de los servicios públicos han estado en manos del sector público. Éste tiene como deber proporcionar a sus ciudadanos las obras y servicios públicos,

con el fin de que la colectividad pueda gozar adecuadamente de ellos.

Costa Rica está consciente de que la inversión en obra pública es fundamental para su desarrollo como país. Actualmente, cuenta con una serie de dependencias que se encargan del tema, como lo son: el MOPT, el MIDEPLAN, el CNC, entre otros. Estas entidades buscan fomentar la inversión en infraestructura pública y son las encargadas de proponer proyectos y velar por la correcta operatividad de los que ya están en práctica. El Estado costarricense ha utilizado la concesión de obra pública para la construcción de infraestructura pública. Ésta ha sido utilizada por países vecinos para la inversión en obra pública, en donde muchos de los gobiernos han basado la construcción de infraestructura pública en este modelo de asociación, y les ha funcionado correctamente.

En Costa Rica, las concesiones de obra pública están reguladas por la Ley de Concesión de Obra Pública. Esta ley incluye el procedimiento requerido para celebrar contratos de concesión de obras públicas. Sin embargo, sucede que el proceso es muy largo e involucra una serie de requisitos bastante costosos tanto como para el Estado o Administración concedente, como para los participantes.

La concesión de obra pública implica un proceso técnico y muchas veces, los

funcionarios que trabajan en la administración del caso, no lo conocen. Es decir, se requiere preparar a aquellas personas involucradas en los procesos de concesión de obra pública; capacitarlos de manera tal, que entiendan correctamente cómo se debe de llevar a cabo el proceso con base en la ley, su reglamento y el ordenamiento jurídico en general.

La experiencia nacional con las concesiones de obra pública no han sido las mejores. Hay mucha desconfianza de cómo se lleva a cabo el proceso de control y rendición de cuentas. De igual manera, los trámites y requisitos estipulados en la ley tardan mucho en completarse, posicionando a Costa Rica en uno de los países en los cuales se dura más tiempo en la realización de trámites. Naturalmente, esto resulta poco atractivo para los inversionistas, ocasionando un gran desinterés por el país como inversión.

La concesión de obra pública es una figura sumamente rica y como alianza entre el sector público y el sector privado, ha funcionado en otros países. En Costa Rica, no es que haya que descartarla por completo. Al contrario, debe de invertírsele tiempo en cómo mejorar su regulación en el tanto se haga más expedita y más sencilla su implementación. Igualmente, se debe de capacitar al personal encargado de la materia para que pueda contribuir y no entorpecer- con la ejecución de los proyectos de obra pública concesionados.

El mercado de capitales como opción para financiar obra pública y el papel del fideicomiso de obra pública.

Paralelo a ello, en relación con el tema, la necesidad de invertir en obra pública y encontrar la manera más eficiente para hacerlo, el Plan de Gobierno de la Presidente de la República Laura Chinchilla (2010-2014), señaló que era menester reactivar la construcción de infraestructura pública. De la mano de este llamado, indicó también que la explotación del mercado de capitales para invertir en obras públicas era una opción que debía de ser tomada en cuenta.

El mercado de valores aparece como un medio que sirve para movilizar recursos de largo plazo y generar liquidez a través de la emisión de bonos. En el país, el mercado de valores no ha sido muy desarrollado, es muy limitado en tamaño y se ve dominado por bonos del Estado. En este contexto, aparece la figura del fideicomiso de obra pública como alternativa.

El Reglamento de Oferta Pública de Valores sufrió una importante modificación en el 2010, a través de la cual se estableció la figura de los fideicomisos de obra pública. Sin embargo, estos fideicomisos tienen una serie de especificaciones que deben cumplir para poderse ejecutar debidamente.

Entre estas especificaciones se incluyen los permisos y las autorizaciones con las que deben cumplir los fideicomisos para

ser aprobados y poder ser ejecutados. La experiencia en este tema ha sido que entidades como el Ministerio de Hacienda, el Banco de Costa Rica y MIDEPLAN, duran un tiempo considerable en otorgar - si es que las otorgan- esas autorizaciones.

Como resultado, los requisitos de creación del fideicomiso son lentos y complicados. El tiempo que se toman estas autorizaciones se traduce en dinero, y éste, sumado a la inversión del negocio, termina siendo bastante oneroso.

En otras palabras, el proceso de creación y de aprobación de fideicomisos de obra pública no es apto para cualquier proyecto de obra pública. Deben de ser proyectos suficientemente grandes y cuantiosos económicamente para que puedan soportar el peso del tiempo y del dinero invertido en el procedimiento.

Al igual que la concesión de obra pública, los fideicomisos de obra pública están destinados a grandes proyectos. Pero, la construcción de infraestructura pública no necesariamente siempre se debe de abordar por medio de grandes proyectos.

La inversión en Costa Rica de obra pública necesita una modalidad de inversión que se enfoque a proyectos más específicos y más pequeños de construcción de infraestructura pública. Además, deben de ser procesos más sencillos, que involucren menos trámites que los descritos anteriormente. Es necesaria una

vía más expedita para invertir en obra pública que atraiga a inversionistas por su facilidad de implementación y poca tramitología.

Las alianzas público-privadas y la implementación de éstas a nivel municipal en Costa Rica:

Las alianzas público-privadas van mucho más allá que la concesión de obra pública y a través de los años, varias modalidades han sido utilizadas para invertir en la construcción de infraestructura pública. Este tipo de alianza es sumamente flexible y dicha flexibilidad debe de ser explotada en Costa Rica para la inversión en obras públicas.

La unión del sector público con el sector privado, resulta esencial hoy en día para salir adelante en la creación de infraestructura, el Estado no puede llevarlo a cabo por sí solo. Es decir, necesita aliarse con sujetos del sector privado. Sector público no implica necesariamente administración central. El sector público abarca todo el aparato estatal y sus instituciones, siendo una de estas las municipalidades.

Recientemente, en varios países latinoamericanos se ha dado un impulso por invertir en obra pública a nivel municipal. Costa Rica, debe adoptar esta tendencia y fomentar las inversiones privadas en los cantones a través de sus respectivas municipales.

La inversión en obra pública municipal está siendo promovida a través del uso de alianzas público-privadas. La inversión

en infraestructura a nivel municipal es una excelente manera de invertir en obras públicas, porque implica proyectos a menor escala que los diseñados a nivel nacional.

La construcción de obra pública municipal es mucho más manejable que la construcción de obra pública nacional y como consecuencia directa de ello, los proyectos por lo general son menos cuantiosos económicamente. Es precisamente bajo este contexto que se sugieren las sociedades públicas de economía mixta.

Las sociedades públicas de economía mixta y el fomento de su uso en el país.

Una sociedad pública de economía mixta es una alianza público privada que surge a nivel municipal para la construcción de infraestructura pública y/o la prestación de los servicios públicos municipales, en la cual la municipalidad ostenta como mínimo el 51% de la participación y uno o varios socios del sector privado el porcentaje restante. En relación con estas sociedades y con su implementación, se llegó a varias conclusiones puntuales.

Desconocimiento de la figura y poca experiencia en el campo.

Como primer punto, cabe mencionar que las SPEM's no son conocidas en las municipalidades del país. A la presente fecha no hay ni una sola sociedad pública de economía mixta inscrita en el Registro

Nacional. Por un lado, existe una sociedad anónima que pertenece en su totalidad a las municipalidades de varios cantones guanacastecos que pretende convertirse en una SPEM, pero que en su estado actual no es una. Por otro lado, se tiene conocimiento de una sociedad pública de economía mixta perteneciente a la Municipalidad de Golfito, pero no está inscrita en el Registro. Por último, se sabe que la Municipalidad de Curridabat está trabajando en la constitución de un par de estas sociedades para diversos proyectos, pero aún no están listas y no han sido inscritas en el Registro Nacional. Siendo que para que una de estas sociedades exista debe de estar debidamente inscrita, al día de hoy, no existe ni una sola SPEM en el país.

La complejidad, oscuridad e importancia de ciertos aspectos de la figura.

La figura como tal de la sociedad pública de economía mixta no es una figura sencilla. No todas las municipalidades están siquiera conscientes de la existencia de la figura y si la conocen, no conocen con claridad cómo crear la sociedad y cómo ésta debe de funcionar. Esto no se les puede asignar por completo a la municipalidades, porque primero, la Ley Reguladora de las SPEM's es una ley relativamente nueva y después, si bien ésta desarrolla el tema de estas sociedades, sí deja por fuera varios temas relevantes en relación con las mismas.

Contratación del socio privado.

Entre estos temas que deja a la interpretación, está el proceso de selección del socio privado de la SPEM. La Ley Reguladora de las SPEM's remite a la Ley de Contratación Administrativa; sin embargo, esta última no indica nada al respecto. Siguiendo un camino conservador, lo recomendable es elegir al socio o a los socios privados por medio de una licitación pública, pero esto no es completamente necesario y otros podrían opinar lo contrario.

No se puede ignorar que los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contratación Administrativa son procesos largos y engorrosos. Esto hace que la escogencia del socio privado que conformara la SPEM con la municipalidad se pueda complicar, o al menos atrasar. No obstante, considerando que la municipalidad es un ente público y considerando el salvaguardo de los mejores intereses de la misma, lo recomendable es seguir al pie de la letra uno de los procedimientos de contratación establecidos en la Ley de Contratación y su Reglamento.

Capital social de la sociedad.

Igualmente, otro punto que genera discusión es el tema del capital social de la sociedad por formarse. En ningún lado se indica de cuánto

deberá ser este capital social y qué deberá de representar. Nada detiene que se constituyan SPEM's con capitales sociales mínimos que no respondan a ninguna realidad. Es decir, que no respalden los proyectos de obra pública para los cuales fueron diseñadas las sociedades.

De lo único que se tiene certeza en relación con el capital social es que el 51% de éste siempre pertenecerá a la municipalidad y ésta nunca podrá transferir su porcentaje de acciones a sujetos de derecho privado. Naturalmente, esta distribución del capital social convierte a la SPEM en una sociedad pública. Si bien se trata de una alianza público privada, la sociedad es pública por su distribución accionaria.

Siendo pública, la SPEM va a estar sometida a los controles y aprobaciones de presupuestos por parte de la Contraloría General de la República. Éste es otro de los temas que generan cierta confusión. La Contraloría no tiene mucho conocimiento sobre estas sociedades y sin embargo, de constituirse una, acudirá a ésta para obtener la aprobación de su presupuesto. Resulta necesario informar al personal de la Contraloría General de la República sobre la figura de las SPEM's; formarlos un poco en torno a las atribuciones y poderes de éstas.

Seguidamente, la distribución en el capital social conlleva a otra conclusión y es el hecho de que la municipalidad siempre tendrá el control en la toma de decisiones

de la sociedad. Muy difícilmente un socio del sector privado invertirá en un negocio en el cual sabe que ostentará la minoría en el capital accionario y por ende, en la toma de decisiones que le incumban.

Como se mencionó, existen otros mecanismos para que la municipalidad mantenga el control sobre ciertos temas que no implican necesariamente la mayoría accionaria. Tal es el caso de las llamadas "golden shares", que simplemente otorgan poder sobre el voto de las demás acciones en ciertas circunstancias. Se podrían constituir acciones que tengan este poder de veto sobre las demás, y que la municipalidad sea quien las ostente.

Esto sería útil pensando en el supuesto de que se establezca una SPEM con un capital social que represente el presupuesto del proyecto que se desea ejecutar y que la municipalidad tenga que suscribir y pagar el 51% de las acciones. Las municipalidades no tienen dinero, no tienen fondos y esto siempre va a representar un problema desde este punto de vista. De tener menos acciones pero con cierto poder, esta situación se podría eliminar o al menos, disminuir, ya que la municipalidad no tendría que suscribir y pagar tantas acciones.

No obstante, si en efecto la SPEM desea recurrir a financiamiento bancario o a la emisión de títulos, su capital social sí debería de equivaler al presupuesto del proyecto que se desea ejecutar. Esto porque tantos los controles bancarios como los controles

y requisitos exigidos por la SUGIVAL, implican que la sociedad que recurre a su financiamiento tenga con qué responder. Es decir, el capital social de la sociedad debería de obedecer a la realidad y a las operaciones que la sociedad lleva a cabo, ya que de lo contrario, se le dificultaría el acceso al crédito.

La posibilidad de las SPEM's de acudir al mercado de valores.

Siguiendo la línea del financiamiento, las SPEM's tienen un marco bastante amplio en cuanto a sus posibilidades de acudir a éste. La Ley Reguladora de las SPEM's les permite a éstas realizar emisión de valores como fuente de financiamiento. Si bien se deben de apegar a los lineamientos establecidos tanto en la Ley Reguladora del Mercado de Valores como en el Reglamento de Oferta Pública de Valores, la posibilidad de recurrir a emitir valores y colocarlos en el mercado existe y debe de ser explotada por las SPEM's.

Un proyecto de obra pública municipal que cuente con los requisitos necesarios para respaldar una emisión de valores, constituye una inversión provechosa desde varios puntos de vista. En primer lugar, la captación del dinero estaría destinada a la construcción de infraestructura pública, municipal, y por otro, las emisiones que cuentan con las autorizaciones del Estado y que por lo general son bonos de éste, generan mayor atracción a los inversionistas.

De igual manera, fomentar la inversión de obra pública municipal por medio del mercado de capitales es una excelente contribución al reactivo del mercado de valores costarricense. De emitir bonos, la SPEM estaría reuniendo en una sola acción todos los temas analizados: la inversión en obra pública por medio de alianzas público privadas y a través del levantamiento de capital haciendo uso del mercado de capitales.

La posibilidad de las SPEM's de formar alianzas estratégicas.

Finalmente, se concluye que el futuro de las sociedades públicas de economía mixta está en la posibilidad que ostentan éstas de formar alianzas estratégicas con otras entidades públicas o privadas. La maravilla de las alianzas empresariales es que no están sometidas a ningún procedimiento de contratación. Las alianzas estratégicas por su naturaleza, simplemente surgen. Es decir, las partes se unen, se alían estratégicamente, motivados por un negocio e interés común.

Teniendo ya constituida la SPEM, ésta debe de realizar sus proyectos por medio de la formación de alianzas empresariales estratégicas. Una vez inscrita la sociedad en el Registro Nacional, ésta está lista para actuar y para formar dichas alianzas. A través de éstas puede realizar proyectos más complejos que hubiera sido difícil lograr por medio simplemente de la sociedad en sí.

La ventaja de estas alianzas es que hay libertad en cuanto a qué aporta cada parte. Por eso, la alianza puede ser tan interesante como creatividad haya a la hora de establecerlas. Por ello, las SPEM's deben explotar esta posibilidad de formar alianzas y basarse en tal atribución para llevar a cabo sus propuestas de negocios y de proyectos municipales.

Es así, como se concluye que las SPEM's constituyen una modalidad alterna de alianza público privada para la inversión en obra pública y como tal, debe de ser explotada en el país. Si bien Costa Rica enfrenta dificultades en el tema de construcción de infraestructura pública, el Estado no se debe de frustrar y debe más bien recurrir a esquemas diferentes y frescos. La inversión en obra pública municipal pareciera ser una buena opción. De tal manera, poco a poco se iría construyendo la infraestructura pública nacional de la Costa Rica de mañana.

Recomendaciones.

Al fomentar el uso de las sociedades públicas de economía mixta- una figura nueva en el país- resulta útil proponer ciertas recomendaciones que surgieron a raíz del estudio e investigación de la figura.

Campaña informativa sobre la figura.

Como primer paso, sería provechoso dar a conocer a través de las municipalidades del país las SPEM's y su ley reguladora. Realizar una campaña informativa sobre la figura, sobre

su propósito, sobre sus alcances y sobre las posibilidades que las sociedades públicas de economía mixta ofrecen. Se podría empezar con la realización de un panfleto informativo en relación con la figura, para difundir su existencia.

De igual manera, la campaña informativa no debe de ir dirigida solamente a las municipalidades, se debería de informar también a aquellas instituciones que se ven involucradas de una u otra manera en el proceso de creación y de implementación de una SPEM. Piénsese en la Contraloría General de la República por ejemplo, que debe de aprobar el presupuesto de la SPEM y quizás los encargados de esto desconozcan por completo la figura.

Si bien las SPEM's están debidamente reguladas a través de su Ley Reguladora, lamentablemente no se puede asumir que todas las entidades públicas conocen la figura y más específicamente, su funcionamiento.

Capacitación del personal.

Dicha campaña informativa no puede ir sin la debida capacitación a los encargados del tema tanto en las municipalidades como en las instituciones relacionadas con la materia. De nada sirve conocer la figura si los funcionarios van a ser incapaces de implementarla. Para ello, se les debe de capacitar en relación con los puntos más importantes sobre la constitución de una SPEM, empezando por su elemento fundamental: que sea una alianza

público privada; es decir, ni solo pública ni solo privada.

Tómese de nuevo el ejemplo la Contraloría General de la República y el hecho de que ésta debe de aprobar el presupuesto de la SPEM. Al ser que al día de hoy no ha habido ni una sola de estas sociedades constituidas e inscritas en el Registro Nacional, la mayoría de las instituciones públicas desconocen cómo ejercer sus controles o como desarrollar su papel en torno a éstas.

Hay que considerar también la posibilidad de traer personal capacitado de otros países. Es decir, contratar a personal con experiencia en el área, que sepa cómo funcionan estas alianzas en la práctica. Es una realidad que el gobierno debe de invertir en gente preparada y en buenos salarios para poder salir adelante con su deficiencia de infraestructura.

Propuesta de reforma de ciertos aspectos de la Ley Reguladora de las SPEM's.

Como recomendación más específica sobre la figura, sería necesario ahondar sobre la posibilidad de reformar ciertos aspectos de la ley. Reformar o regular, ya que muchos puntos quedaron en el aire.

- Para empezar, el procedimiento de contratación del socio privado de la SPEM debería de estar más claro. Si bien es claro que se debe de acudir a los procedimientos de contratación administrativa, la ley debería de indicar

un procedimiento específico para el caso, ya que la Ley de Contratación Administrativa no es clara al respecto. Lo ideal sería que se remitiera en el texto de la Ley Reguladora de las SPEM's a un procedimiento sencillo, y en la medida expedito, de selección del socio privado de la sociedad.

- En relación con el capital social de la sociedad, la Ley Reguladora de las SPEM's debería de ser más claro y más exigente en este punto. Para evitar problemas y asegurarse la posibilidad de recurrir a financiamiento bancario efectivo, el capital social debería de ser representativo de la realidad. Naturalmente, el que no lo especifique hace más flexible la figura en el tanto no se requiera recurrir a los bancos por financiamiento. Sin embargo, se debería de aclarar este punto en el texto de la ley.
- Otro punto que debería de ser reformado para asegurar cierta imparcialidad en el funcionamiento de la sociedad, es el de los miembros de la Junta Directiva de la SPEM. Sería recomendable incluir en la Junta Directiva miembros que no sean necesariamente de la municipalidad o de la empresa o socio privado. Piénsese en la posibilidad de que uno de los miembros de la Junta Directiva sea un munícipe del cantón. Esto podría dar cierta estabilidad e imparcialidad a la empresa a la hora de

realizar sus labores. Sería interesante que la Ley diera expresamente esta posibilidad de incluir miembros ajenos a los socios, en aras de mejorar el funcionamiento de la SPEM. La SPEM debería de ejercer buenas prácticas de gobierno corporativo, en las cuales se incluya la integración de miembros imparciales en la Junta Directiva, tal y como lo hacen muchas de las grandes empresas hoy en día.

Muchos de los aspectos que se mencionaron anteriormente que se desean corregir se irán corrigiendo a través del uso de la figura en la práctica. Por ello, lo fundamental es que se empiece a utilizar la sociedad pública de economía mixta. Así que la recomendación primordial es empezar a promoverlas en el seno de las municipalidades y dar el apoyo debido a aquellas que se aventuren en la constitución de una SPEM.