

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO

LIC. CARLOS M. COTO ALBÁN*

La concesión para la realización de obras públicas es —por mucho— más antigua que el derecho administrativo como disciplina jurídica sistemática y una de sus fuentes más importantes.

La concesión apareció en la Edad Media. Fue el mecanismo que usaron las comunas de las incipientes ciudades europeas para llenar ciertas necesidades de los ciudadanos. La historia del derecho recoge sin número de casos de concesiones a particulares para construir canales, atracaderos, puentes carreteros y peatonales, calzadas y hasta distribución de artículos de primera necesidad y más adelante muelles y bolsas de valores y de productos agropecuarios, en ciudades que pertenecen hoy a países como Francia, España, Italia, Bélgica, Holanda y Alemania, para citar algunos, mediante estipendios pagados por los usuarios.

A la inspiración de los grandes pensadores del siglo XVIII, precursores de la Revolución Francesa, y singularmente a Montesquieu, pero sin olvidar a Voltaire y Rousseau en Francia y a Locke en Inglaterra, debemos la organización del Estado moderno y los fundamentos de la democracia a partir de las ideas de los filósofos de la antigüedad.

De *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu surge la división de los poderes

del Estado, como sistema de frenos y contrapesos, conformado por órganos independientes encargados de promulgar, ejecutar y aplicar las leyes.

Esto ha llevado a la doctrina publicística del derecho y al pensamiento político moderno, desde el siglo pasado hasta nuestros días, a preguntarse: ¿Cuáles son las funciones del Estado, cuáles son los servicios públicos que éste debe prestar y cuáles son los deberes y derechos del ciudadano frente a tales planteamientos?

La revolución industrial del siglo XVIII hasta mediados del XIX produjo la gran empresa privada. La invención de la máquina de vapor —entre muchos otros de sus avances para la humanidad— produjo la locomotora, el ferrocarril, que acortó distancias y abrió el transporte. En casi todos los países del globo se realizaron gigantescas obras, esfuerzos épicos para abrir trochas y tender rieles. Junto a los buques y las locomotoras de vapor vinieron los grandes sistemas portuarios y se abrió el comercio mundial en gran escala.

Como en los municipios del Medioevo, para la construcción de puertos y ferrocarriles, apareció la concesión, como una respuesta —lejos, claro está, de todo dogmatismo— a dos realidades siempre vigentes: La existencia de una necesidad general y la imposibilidad de

* Asesor de la Asamblea Legislativa de Costa Rica y del Ministerio de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Costa Rica, para la elaboración de la Ley General y el Reglamento de Concesión de Obra Pública.

satisfacerla por el poder público. He aquí los alcances de la concesión, en otras palabras, la importancia de este instituto jurídico en el desarrollo económico de las naciones y la prestación de los servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos.

El crecimiento de la empresa privada en la explotación de recursos naturales (petróleo, gas, minas, etc.), en la prestación de servicios públicos (ferrocarriles, navegación, electricidad, teléfonos, etc.), y en la producción de bienes, en muchos casos en condición de monopolio de hecho, llevó en Europa a un cierto movimiento nacionalizador entre las dos guerras mundiales. En Inglaterra se nacionalizaron la aviación comercial y la radiodifusión y en Francia la aviación comercial y la fabricación de material aeronáutico, en ambos países con reconocimiento de las respectivas indemnizaciones. Después de la Segunda Guerra Mundial la nacionalización dejó de ser un fenómeno excepcional. La Constitución Francesa del 27 de octubre de 1946 decía en su preámbulo: "Todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiera caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad". El movimiento nacionalizador se fortaleció y llegaron a manos del Estado francés las fábricas Renault, toda la producción de carbón, unas 2500 empresas de electricidad y gas, el Banco de Francia y el de Argelia, otros cuatro grandes bancos de depósito, así como las cuarenta mayores sociedades de seguros. En Inglaterra, a partir de 1945, la política de nacionalizaciones afectó a las industrias de combustibles, producción de energía, transportes, producción de hierro y acero, desarrollo económico de las colonias e importación y venta de algodón en bruto, al igual que el Banco de Inglaterra. En Italia, en la década de los años sesenta, el gobierno llegó a controlar alrededor del 50% de todas las empresas productivas, especialmente las de

navegación, hierro, acero y minerales e hidrocarburos.*

En los países en desarrollo, con escasa capitalización, la construcción de obras públicas se realizó, a finales del siglo pasado y principios del presente, mediante concesiones otorgadas a empresas extranjeras, en condiciones francamente perjudiciales a sus intereses nacionales. Son bien conocidos los casos de los ferrocarriles de Perú, Argentina, Panamá y Costa Rica, para citar sólo algunos.

En países con tradición romanista, como lo son los de América Latina, la concesión se concibió como un contrato común y en muchos casos se recurrió —a fin de lograr un ligamen jurídico inmutable entre las partes— a la aprobación legislativa, como un control político del legislador sobre el Poder Ejecutivo. Surgió entonces la figura del contrato-ley, incapaz de variarse sin el acuerdo de voluntades, por mucho que la concesión se estuviese ejecutando en contra del interés público. Hoy, el principio latino "*pacta sunt servanda*", en derecho público" se convierte en lo contrario, en la mutabilidad del acto administrativo en reserva del interés público.

El otorgamiento de la concesión es un acto administrativo que cae, naturalmente, dentro del ámbito del derecho público, a cuya normativa queda afecto el concesionario que se compromete a construir una obra pública o a reparar, ampliar, conservar y restaurar una obra preexistente, y a prestar un servicio público mediante el pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios.

La ley N° 7404 de 3 de mayo de 1994 brinda al Estado —entendiéndose como Poder Ejecutivo, entes descentralizados y municipalidades— la potestad de otorgar concesiones para construir, mantener o mejorar

* Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*. (Madrid, España, 1964).

importantes obras de infraestructura y prestar con ellas significativos servicios a los ciudadanos. A su vez le faculta para controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y proteger los derechos de los ciudadanos. Todo ello —y no podría ser de otra forma— en concordancia con los principios de conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución al concesionario, dentro de un marco de derecho público y el debido respeto a los derechos e intereses particulares. La acción del Estado está reglada en la ley, que es rigurosa para la administración desde el momento de la toma de decisión de

concesionar una obra por servicios, como la denomina la legislación española.

La ley ofrece al particular la oportunidad de realizar inversiones en importantes obras de infraestructura, a realizar una ganancia justa para lo cual deben establecerse con claridad los factores que componen la ecuación económico-financiera de la concesión, bajo el marco legal del derecho público.

El Estado y el particular deben pensar en concesiones necesarias, claras y justas, con arreglo a la ley, que hagan posible su cumplimiento hasta la expiración del plazo, por interés público y conveniencia privada, por la presente y futuras generaciones.

* * *