

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES NO ESENCIALES EN ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS ESTATALES

MSc. Mario Peña Chacón

Resumen

Los servicios y actividades no esenciales son complementarios al fin público de conservación y uso sostenible de la biodiversidad comprendida dentro de las áreas silvestres protegidas estatales. Su prestación a favor de las personas usuarias de las áreas silvestres protegidas estatales puede brindarse de forma directa para parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, o bien, indirecta por medio de sujetos de derecho privado, previa autorización del servicio por parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a través de concesiones y contratos.

Palabras claves: Áreas silvestres protegidas. Servicios y actividades no esenciales. Concesiones. Contratos.

Abstract

Non-essential services and activities are complementary to the public purpose of conservation and sustainable use of biodiversity within state protected areas. Its provision in favor of the users of state protected areas, can be provided directly by the National System of Conservation Areas, or indirectly through private law subjects, with prior authorization of the service by the National System of Conservation Areas, through concessions and contracts.

Keywords: Protected areas. Non-essential services and activities. Concessions. Contracts.

Recibido 21 octubre 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

* Consultor externo del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías en Derecho Ambiental y Derecho Público del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Correo: mariopenachacon@gmail.com

Introducción¹

La reforma operada sobre el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad en octubre de 2019, así como el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 de la Contraloría General de la República implicaron cambios sustanciales en el régimen jurídico de los servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales.

El presente artículo pretende desarrollar el actual régimen jurídico de los servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales y las formas en que estos pueden ser prestados por parte de sujetos de derecho privado, a través de concesiones y contratos.

1. Servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales

1.1. Definición y objetivos

Los servicios y actividades no esenciales son complementarios al fin público de conservación y uso sostenible de la biodiversidad comprendida dentro de las áreas silvestres protegidas estatales².

Su prestación a favor de las personas usuarias de las áreas silvestres protegidas estatales puede brindarse de forma directa para parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, o bien, indirecta por medio de sujetos de derecho privado, previa autorización del servicio por parte

del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, a través de concesiones y contratos.

En ambos casos, el prestador del servicio y de la actividad no esencial debe cumplir con los principios fundamentales del servicio público previstos en la Ley General de Administración pública; entre ellos, los de continuidad, eficiencia, adaptabilidad e igualdad de trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios y el manejo sostenible del área silvestre protegida estatal³.

Autorizar la prestación de servicios y actividades no esenciales a sujetos de derecho privado le permite al Sistema Nacional de Áreas de Conservación concentrarse en labores esenciales de conservación y uso sostenible de las áreas silvestres protegidas estatales, propiciando beneficios para las comunidades aledañas, la obtención de ingresos y mejoras en la experiencia de visita⁴.

1.2. Marco jurídico y político

Los servicios y actividades no esenciales se encuentran regulados por una serie de normas jurídicas e instrumentos de política y planificación, entre ellos: Ley de Biodiversidad (N.º 7788) y su Reglamento (N.º 34433), Ley Orgánica del Ambiente (N.º 7554), Ley General de la Administración Pública (N.º 6227), Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos (N.º 8131), Ley de Contratación Administrativa (N.º 7494) y su Reglamento (DE-33411), procedimiento para el

1 Este artículo fue elaborado utilizando la información recabada dentro de la consultoría “Análisis jurídico sobre los diferentes esquemas que resulten legalmente factibles de implementar para la gestión de servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas (concesiones, gestión interesada, permisos de uso y otros tipos de contrato)” del Proyecto Iniciativa Finanzas para la Biodiversidad BIOFIN II del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

2 Contraloría General de la República, Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

3 Artículos 4, 5, 11 y 12 de la Ley General de Administración Pública y Criterios DCA-332 del 31 de enero de 2007; DCA-800 del 28 de abril de 2017 e Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, Contraloría General de la República.

4 Contraloría General de la República. ;Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

otorgamiento de contratos y permisos de uso para la prestación de los servicios no esenciales en las áreas silvestres protegidas (Acuerdo n.º 13 de la Sesión Extraordinaria n.º 12-2009, modificado mediante Acuerdo n.º 10 de la Sesión Ordinaria n.º 12-2016), Política de Áreas Silvestres Protegidas, Estrategia de Turismo Sostenible del SINAC, Planes Generales de Manejo de las Áreas Silvestres Protegidas, Planes Específicos de Turismo de las Áreas Silvestres Protegidas, Plan de Negocios para Áreas Silvestres Protegidas.

1.3. Servicios y actividades no esenciales susceptibles de ser prestados por sujetos de derecho privado

Los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales susceptibles de ser autorizados a sujetos de derecho privado mediante las figuras de las concesiones y contratos son aquellos previstos en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad: estacionamientos, servicios sanitarios, administración de instalaciones físicas, servicios de alimentación, tiendas, construcción y administración de senderos, administración de la visita y aquellos otros que defina y caracterice el Consejo Regional de Área de Conservación.

Los Consejos Regionales de Áreas de Conservación se encuentran facultados para definir servicios y actividades no esenciales distintos a los previstos por el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, para lo cual, de conformidad con el artículo 57 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad, pueden solicitar el criterio del Comité Científico Técnico de la respectiva Área de Conservación. En su definición, deberá cumplirse con los requisitos, restricciones y exclusiones previstos en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad.

Por tratarse de potestades de imperio otorgadas al Ministerio de Ambiente y Energía a través del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, quedan excluidos de delegación a favor de sujetos de derecho privado la Administración General de las áreas silvestres protegidas; protección y vigilancia; definición, el seguimiento de estrategias, los planes y los presupuestos de las Áreas de Conservación. Tampoco pueden comprender la autorización del acceso a elementos de la biodiversidad en favor de terceros, la explotación de recursos naturales ni la construcción de edificaciones privadas⁵.

1.4. Sujetos de derecho privado autorizados para prestar servicios y actividades no esenciales

Con la reciente reforma al artículo 39 de la Ley de Biodiversidad,⁶ el legislador previó que se debían otorgar las concesiones y contratos, única y exclusivamente, a asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, microempresas inscritas en el Ministerio de Economía Industria y Comercio (MEIC) u organizaciones sociales nacionales sin fines de lucro, siempre que se encuentren integradas y controladas directamente por habitantes de las comunidades ubicadas en la zona de influencia de la respectiva área silvestre protegida estatal.

1.5. Instrumentos de política y planificación

De acuerdo con el artículo 40 de la Ley de Biodiversidad y 12, inciso k) de su Reglamento, los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales deben adecuarse a los planes y estrategias aprobados; en primera instancia, por el Consejo Regional de Áreas de Conservación; en forma definitiva, por el Consejo Nacional de Áreas de Conservación.

⁵ Artículo 39 de la Ley de Biodiversidad.

⁶ Ley N.º 9766 del 29 de octubre de 2019.

El plan general de manejo del área silvestre protegida es la herramienta técnica que deberá utilizarse como base, pudiendo considerarse otros instrumentos de planificación complementarios, tales como Política de Áreas Silvestres Protegidas, Estrategia de Turismo Sostenible del SINAC, Planes Específicos de Turismo de las Áreas Silvestres Protegidas, Plan de Negocios para Áreas Silvestres Protegidas. Las áreas silvestres protegidas estatales que no cuenten con un instrumento de planificación deben realizar los estudios técnicos que sustenten el otorgamiento de concesiones y contratos de servicios y actividades no esenciales⁷.

1.6. Infraestructura autorizada

La infraestructura a desarrollar dentro de áreas silvestres protegidas estatales debe ajustarse a los criterios técnicos aplicables para la intervención de áreas silvestres protegidas contemplados en la Ley de Biodiversidad, así como a la normativa vigente en materia de evaluación de impacto ambiental, procurando el menor impacto ambiental posible⁸.

Por ello, toda infraestructura dentro de las áreas silvestres protegidas estatales debe ser construida atendiendo los planes generales de manejo y su zonificación de usos, previa evaluación de impacto ambiental y dependiendo del análisis de las características y objetivos de conservación del área en concreto, además de cumplir con algunas condiciones; por ejemplo, deben ser estructuras rústicas, adaptadas al paisaje, con poca afectación al entorno, las cuales preferentemente deben usar ecotécnicas, materiales y técnicas constructivas locales; no pueden implicar la corta de árboles, ni cambiar el uso del suelo, ni el aprovechamiento del recurso forestal, y deben ubicarse preferiblemente

en la periferia o perímetro del área protegida, sirviendo de enlace entre el interior y el exterior de esta⁹.

1.7. Nuevas obligaciones para las áreas de conservación y otras instituciones estatales

Con la reforma del numeral 39 de la Ley de Biodiversidad, les impusieron a las áreas de conservación nuevas obligaciones en la materia, tales como brindar amplia información a comunidades aledañas a las áreas silvestres protegidas estatales sobre los servicios y actividades no esenciales que decidan delegar y establecer un registro de las organizaciones locales, a efectos de garantizar la mayor participación posible en los procesos de contratación.

Por su parte, el Instituto Nacional de Aprendizaje, en coordinación con otras entidades educativas públicas y las municipalidades respectivas, debe crear programas de capacitación e instrucción técnica orientados prioritariamente a las comunidades ubicadas en la zona de influencia de las áreas silvestres protegidas, a fin de que puedan aprovechar los beneficios derivados de los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales¹⁰.

1.8. Vigilancia, fiscalización y sanción

El Sistema Nacional de Áreas de Conservación está obligado a verificar, de forma periódica, el cumplimiento de los elementos técnicos y normativos aplicables a la prestación de servicios y actividades no esenciales.

7 Artículo 58 del Reglamento a la Ley de Biodiversidad.

8 Sala Constitucional, voto 2019-17397 del 11 de septiembre de 2019.

9 Contraloría General de la República, DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005 y Procuraduría General de la República C-339-04 del 17 de noviembre de 2004.

10 Artículo 39 de la Ley de Biodiversidad.

En el ejercicio de la potestad de fiscalización, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación está facultado a inspeccionar las obras, instalaciones y locales. Debe asegurar la eficiencia de la prestación de los servicios y actividades no esenciales autorizados a sujetos de derecho privado y dictar órdenes para mantener o restablecer el nivel de las prestaciones.

Al efecto, el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad obliga a los prestadores de los servicios y actividades no esenciales a presentar auditorías externas satisfactorias, realizadas en el último año, todo a juicio del Consejo Regional de Áreas de Conservación.

La potestad del Sistema Nacional de Áreas de Conservación de imponer sanciones por las faltas achacables a los prestadores privados de servicios y actividades no esenciales encuentra justificación en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del servicio complementario autorizado.

1.9. Permisos de uso

De acuerdo con lo expuesto por la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, al ser los servicios y actividades no esenciales complementarios al fin público de conservación y uso de la biodiversidad, el legislador previó en una ley especial, propiamente en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, el uso de la figura de concesión como la forma más idónea para aprobar su prestación por parte de sujetos de derecho privado, sin excluir otras posibilidades contractuales¹¹.

En el caso de la figura de permiso de uso, esta se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico sobre bienes inmuebles de dominio público, según el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa y, específicamente, en aplicación al principio de legalidad y especialidad de la normativa ambiental, para actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y acceso a agua potable, así regulado en la Ley Forestal y su Reglamento¹².

Congruente con lo anterior, la figura de permiso de uso previsto en el ordenamiento jurídico podría ser aplicada eventualmente por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación sobre un bien inmueble de dominio público o en actividades que no constituyan servicios y actividades no esenciales mencionados en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad. Siempre sujeto a la naturaleza jurídica del permiso de uso que reviste un carácter precario, y su relación con el servicio público no es complementaria, sino más bien para un uso privativo¹³.

Bajo esta línea de análisis, no existirían contradicciones ni traslapes entre los servicios y actividades no esenciales previstos en la Ley de Biodiversidad y las actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y acceso a agua potable reguladas en la Ley Forestal y su Reglamento, pues se refieren a fines y ámbitos distintos dentro del esquema de funcionamiento y gestión de los bienes que integran el Patrimonio Natural del Estado.

El siguiente cuadro muestra las principales diferencias entre los servicios y actividades no esenciales del artículo 39 de la Ley de Biodiversidad y las actividades autorizadas en el Patrimonio Natural del Estado previstas en los artículos 18 y 18 bis de la Ley Forestal y 11 de su Reglamento:

11 Contraloría General de la República, Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

12 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

13 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

Servicios y actividades no esenciales dentro de áreas silvestres protegidas estatales (artículo 39, Ley de Biodiversidad)	Actividades autorizadas en Patrimonio Natural del Estado (artículos 18 y 18 bis Ley Forestal y 11 del Reglamento Ley Forestal)
Son servicios complementarios al fin público de conservación y uso sostenible de la biodiversidad comprendida dentro de las áreas silvestres protegidas estatales.	Son autorizaciones de uso privativo del patrimonio natural del Estado, otorgadas en precario, a favor de particulares, para actividades de investigación, capacitación, ecoturismo y acceso a agua potable
Su relación con el servicio público es complementaria.	Su relación con el servicio público no es complementaria, sino para un uso privativo del dominio público.
Pueden otorgarse únicamente dentro de áreas silvestres protegidas estatales.	Pueden autorizarse en patrimonio natural del Estado, tanto fuera como dentro de las áreas silvestres protegidas (excepción ecoturismo en parques nacionales y reservas biológicas).
Se otorgan a través de concesiones y contratos.	Se autorizan a través de permisos de uso.
El procedimiento para su otorgamiento está regulado por el artículo 39 de Ley de Biodiversidad.	El procedimiento para su autorización está regulado por el artículo 11 del Reglamento de la Ley Forestal.
Solo pueden otorgarse a asociaciones de desarrollo comunal, cooperativas, microempresas inscritas en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio u organizaciones sociales nacionales sin fines de lucro que tengan objetivos de apoyo a la conservación de los recursos naturales que incorporen la gestión ambiental dentro de los procesos y área concesionada y con su personería jurídica vigente, siempre que se encuentren integradas y controladas directamente por habitantes de las comunidades ubicadas en la zona de influencia de la respectiva área silvestre protegida.	Pueden autorizarse a cualquier sujeto de derecho privado, siempre y cuando se dé prioridad a los pobladores u organizaciones locales.

Cabe destacar que si bien, la posición de la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 fue excluir la figura de los permisos de uso para la autorización de servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales, limitando su uso, por *razones de especialidad de la normativa ambiental* y el *principio de legalidad*, únicamente para actividades de capacitación, investigación, ecoturismo y acceso a agua potable previstas en la Ley Forestal y su Reglamento, lo cierto del caso es que el propio artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, tanto en su redacción original como en la actual, previó expresamente la posibilidad de autorización a permisionarios, al disponer en su párrafo final que: *“Los concesionarios o permisionarios deberán presentar auditorías externas satisfactorias, realizadas en el último año; todo a juicio del Consejo Regional del Área de Conservación”*.

Por ello, si bien la figura de la concesión es el medio normal para el uso y aprovechamiento privativo de bienes demaniales,¹⁴ bajo las estrictas circunstancias previstas en el artículo 154 de Ley General de Administración Pública, 169 del Reglamento de Ley de Contratación Administrativa y 39 de Ley de Biodiversidad, y motivado en razones de oportunidad y conveniencia para el interés general, siempre y cuando no implique una desmejora en la disposición del bien demanial ni del servicio complementario a prestar, consideramos que, de forma excepcional, sería legalmente posible el otorgamiento de permisos de uso para servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales.

2. Concesiones y contratos de servicios y actividades no esenciales

De acuerdo con el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 de la Contraloría General de la República, siempre que se trate de servicios o actividades complementarias al fin público de conservación que recaen sobre un bien demanial, deben ser otorgados mediante las figuras de concesiones y contratos, sea que estén expresamente señalados en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad o hayan sido definidos por el Consejo Regional de Áreas de Conservación bajo parámetros preestablecidos en atención a la citada norma.

2.1. Concesiones de servicios y actividades no esenciales

La concesión es un acto de autoridad soberana por el cual, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación otorga a un sujeto de derecho privado (llamado concesionario), la prestación de servicios o actividades no esenciales y la ejecución de las obras necesarias para brindarlos de forma efectiva dentro de las áreas silvestres protegidas estatales.

Las concesiones y otras figuras contractuales de los servicios y actividades no esenciales se formalizan a través de un contrato que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación firma con el sujeto de derecho privado.

De acuerdo con el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 de la Contraloría General de la República, la figura jurídica de la concesión es la idónea para materializar la prestación de servicios y actividades no esenciales por parte de terceros, sin excluir otras posibilidades contractuales.

14 Contraloría General de la República, DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005 y Procuraduría General de la República, Dictamen C-297-2004 del 19 de octubre de 2004.

Para el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, el uso de esta figura implica que los concesionarios responden directamente ante terceros, como consecuencia de la operación propia del servicio o actividad no esencial autorizada, excepto cuando el daño producido sea imputable a la Administración¹⁵.

Por otro lado, a través de una concesión, el concesionario goza de un derecho subjetivo que es oponible ante el Estado. Lo anterior lo habilita a acceder a las vías correspondientes para reclamar una indemnización en caso de ser revocado de manera no fundada en motivos legalmente establecidos¹⁶.

Dicho escenario permite un balance entre responsabilidades y potestades de las partes para lograr el fin perseguido. Además, brinda mayor seguridad jurídica al concesionario a la hora de realizar inversiones para la prestación del servicio o actividad no esencial dado en concesión.

Para la selección del concesionario, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación debe cumplir con el marco general de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento; observar los principios de legalidad y transparencia y sus atributos de publicidad, reglas claras y supervisión, así como garantizar igualdad y libre competencia, publicidad, acceso a la información y transparencia que le permitan seleccionar la mejor oferta y asegurar que la relación con el concesionario garantice la óptima prestación de los servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales. A la vez, debe considerar las limitaciones, restricciones, exclusiones y prohibiciones previstas en el numeral 39 de la Ley de Biodiversidad.

La selección del concesionario debe realizarse atendiendo los procedimientos de contratación administrativa, sean estos la licitación pública, abreviada o la contratación directa.

El Sistema Nacional de Áreas de Conservación está facultado para imponer sanciones por faltas contractuales del concesionario que se encuentren previstas dentro del contrato de concesión, justificado en la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del servicio complementario concesionado.

Las multas y sanciones que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación puede imponer son de naturaleza contractual y no deben ser confundidas con las sanciones administrativas que la Administración pública aplica en ejercicio de las funciones de control y vigilancia a través de entidades como la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, el Tribunal Ambiental Administrativo, el Ministerio de Salud, municipalidades, entre otras.

Las sanciones al concesionario deben formar parte del cartel y del contrato de concesión y deben estar señaladas clara y detalladamente.

Las causales de resolución contractual previstas en el artículo 75 de la Ley de Contratación Administrativa son además aplicables a las concesiones de servicios y actividades no esenciales.

2.2. Contratos de servicios y actividades no esenciales.

Si bien, la posición de la Contraloría General de la República es que la figura de la concesión es la idónea para materializar la prestación de servicios

¹⁵ Artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa.

¹⁶ Procuraduría General de la República, Dictamen C-139-97 del 31 de julio de 1997.

y actividades no esenciales por parte de terceros, ello no excluye otras formas contractuales¹⁷.

De esta forma, los servicios y actividades no esenciales en áreas silvestres protegidas estatales pueden ser otorgados a través de todas aquellas figuras contractuales, típicas o atípicas, reguladas en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento que mejor se adapten al caso concreto.

De acuerdo con el criterio de la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, el uso de las figuras contractuales, típicas o atípicas, distintas a la concesión, para autorizar servicios y actividades no esenciales, es de carácter excepcional y subsidiario.

De esta forma, solo en caso de que la figura de la concesión no satisfaga el fin público, existe entonces la posibilidad de analizar y justificar la procedencia de otra figura contractual (sea típica o atípica), de forma razonada y con criterios que justifiquen que dicha medida es acorde con el cumplimiento al fin público perseguido¹⁸.

Al respecto, debe tenerse claro que, si bien la figura de la concesión es el medio normal para el uso y aprovechamiento privativo de bienes demaniales,¹⁹ lo cierto del caso es que el legislador, en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, no hizo distinción ni priorización alguna entre las figuras de las concesiones y los contratos para la autorización de los servicios y actividades no esenciales, lo que tampoco hacen la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento General.

En razón de lo anterior, diferimos de la posición externada por el órgano contralor en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020, de considerar la figura del contrato de servicios y actividades no esenciales como excepcional y subsidiaria en relación con la figura de la concesión, en la medida que, por el principio general de derecho, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no es posible distinguir donde la ley no distingue.

Ahora bien, le corresponde al Sistema Nacional de Áreas de Conservación la elección de la vía contractual que resulte más idónea frente a la satisfacción del fin público, pero siempre, atendiendo los procedimientos de contratación administrativa, sean estos la licitación pública, abreviada o contratación directa²⁰.

Al efecto, la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento prevén formas contractuales típicas y atípicas. Dentro de las primeras, se encuentran: contrato de obra pública, contrato de suministro de bienes, venta y donación de bienes muebles e inmuebles, arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, adquisición de bienes inmuebles, enajenación de inmuebles, arrendamiento de inmuebles, concesión de instalaciones públicas, concesión de gestión de servicios públicos y contrato de servicio.

Por su parte, los artículos 3 y 55 de la Ley de Contratación Administrativa le permiten a la Administración Pública formular, mediante la emisión de reglamentos, formas contractuales atípicas –los llamados contratos innominados– para la satisfacción del interés general y en

17 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

18 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

19 Contraloría General de la República, DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005 y Procuraduría General de la República, Dictamen C-297-2004 del 19 de octubre de 2004.

20 Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

estricto apego a los procedimientos fijados en la misma ley.

A la vez, al disponer la posibilidad de otorgar servicios y actividades no esenciales a través de la figura genérica del contrato, el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad abre sus puertas a formas contractuales atípicas como la gestión interesada.

2.2.1. Contrato de gestión interesada

En caso de que la figura de la concesión no satisfaga el fin público y se justifique de forma razonada y con criterios que verifiquen el cumplimiento del fin público perseguido, sería posible aplicar la figura contractual del gestor interesado a los servicios y actividades no esenciales del artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, requiriendo de previo, la promulgación de un reglamento ejecutivo que faculte al Sistema Nacional de Áreas de Conservación, su implementación, el cual debe ser sometido previamente a consulta no vinculante de la Contraloría General de la República²¹.

La gestión interesada es la figura contractual mediante la cual, la Administración lleva a cabo la prestación de los servicios y actividades no esenciales regulados en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad dentro de áreas silvestres protegidas estatales y construye las obras necesarias para dicha prestación, sirviéndose de un gestor.

La figura contractual de la gestión interesada presenta las siguientes características:

- Se trata de una forma de gestión indirecta de servicios complementarios.

- La titularidad del servicio complementario y responsabilidad última por su prestación continúa en manos de la Administración.
- El gestor interesado actúa por cuenta y nombre de la Administración.
- La Administración sigue siendo responsable de la prestación del servicio o actividad no esencial en el área silvestre protegida estatal, por lo que debe velar por la debida ejecución del contrato de gestión interesada.
- La Administración lleva a cabo la prestación de determinado servicio o actividad no esencial en el área silvestre protegida estatal bajo su propio riesgo, aunque sirviéndose de un gestor al cual retribuye mediante participación en los ingresos generados.
- La figura contractual se rige por el principio constitucional de la libre contratación administrativa²².
- La selección del gestor interesado debe realizarse de conformidad con las normas estipuladas en la Ley de Contratación Administrativa, mediante los procedimientos ordinarios o extraordinarios en los casos excepcionales que lo amerite, los cuales requerirán considerar, en todo momento, las particulares que establece el numeral 39 de la Ley de Biodiversidad, así como el resguardo del ambiente y los recursos naturales.

La practicidad de la figura contractual de la gestión interesada radicaría en la posibilidad de agrupar varios servicios y actividades no esenciales bajo un mismo gestor interesado y de construir las obras necesarias para dicha prestación, lo que permitiría la administración integral de algunos de los servicios y actividades dentro de un área silvestre protegida, o bien, de la totalidad de estos.

21 Artículo 55 de la Ley de Contratación Administrativa.

22 Artículo 182 de la Constitución Política.

2.3. Análisis comparativo entre las figuras de concesión y gestión interesada

La gestión interesada se diferencia de la concesión en que, en el segundo, el concesionario es quien opera el servicio, mientras que, en la gestión interesada, es la Administración quien lo hace, aun cuando se sirve de un gestor para tal propósito. De esta forma, en la concesión de obras y servicios públicos y complementarios, ocurre una verdadera traslación de la prestación y operación del servicio²³.

Respecto a la responsabilidad frente a terceros, en la gestión interesada, la Administración responde; en la concesión, el concesionario responde directamente ante terceros. Sobre el riesgo, en la concesión, este es asumido exclusivamente por el contratista; en tanto, en la gestión interesada, el riesgo se distribuye en la proporción que haya sido definida. Por último, en la concesión, el concesionario recibe directamente los ingresos de las personas usuarias; por su parte, en la gestión interesada, la Administración los recibe, o bien el gestor, pero debe entregarlos a la Administración para que sea esta quien los distribuya²⁴.

El siguiente cuadro muestra las principales diferencias entre ambas figuras:

Concesión	Gestión interesada
El concesionario es quien opera el servicio a su cuenta y riesgo.	La Administración opera el servicio, pero sirviéndose de un gestor.
Ocurre una verdadera traslación de la prestación y operación del servicio.	No ocurre traslación del servicio.

El concesionario responde directamente ante terceros.	La Administración responde ante terceros.
El riesgo es asumido exclusivamente por el concesionario.	El riesgo se distribuye en la proporción definida en el cartel y el contrato.
El concesionario recibe directamente los ingresos de los usuarios por servicio prestado.	Los ingresos los recibe la Administración, o bien el gestor, pero debe entregarlos a la Administración para que sea esta quien los distribuya.
El concesionario debe cancelar canon.	No hay canon, se distribuyen los ingresos.
La Administración mantiene potestad de fiscalización y sanción sobre el concesionario.	La Administración mantiene la potestad de fiscalización y sanción sobre el gestor interesado.

A manera de conclusión

El cumplimiento efectivo de las nuevas obligaciones establecidas en el artículo 39 de la Ley de Biodiversidad, así como de lo ordenado por la Contraloría General de la República en el Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020 conllevará una serie de retos para la institucionalidad ambiental costarricense en esta materia, los cuales van desde la oficialización de un nuevo procedimiento interno para el otorgamiento de concesiones y contratos de servicios y actividades no esenciales del Sistema Nacional

23 Sala Constitucional, voto 2001-11657 del 14 de noviembre de 2001 y 2005-3629 del 5 de abril de 2005.

24 Sala Constitucional, voto 2001-11657 del 14 de noviembre de 2001 y 2005-3629 del 5 de abril de 2005.

de Áreas de Conservación, hasta la promulgación por parte del Poder Ejecutivo, de normativa de rango reglamentario, y de observancia por parte del Sistema Nacional de Áreas de Conservación y de los sujetos de derecho privado interesados en su prestación, la cual regule su aprobación, procedimiento y controles.

Documentos consultados

Contraloría General de la República. Informe de fiscalización DFOE-AE-IF-0007-2020 del 30 de junio de 2020.

Contraloría General de la República. Criterio DCA-332 del 31 de enero de 2007.

Contraloría General de la República. DFOE-AM-38/2005 del 14 de diciembre de 2005.

Contraloría General de la República. Criterio DCA-880 del 28 de abril de 2017.

Procuraduría General de la República C-339-04 del 17 de noviembre de 2004.

Procuraduría General de la República, Dictamen C-139-97 del 31 de julio de 1997.

Sala Constitucional, voto 2019-17397 del 11 de septiembre de 2019.

Sala Constitucional, voto 2001-11657 del 14 de noviembre de 2001

Sala Constitucional, voto 2005-3629 del 5 de abril de 2005.