

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Artículos

- 1- Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
- 2- Dr. Alex Rojas Ortega
- 3- M.Sc. Javier Parquet Villagra
- 4- Jean Barreda Vílchez, Rodrigo Becerra Romero, Renzo Inche Janampa y Geraldín Sánchez Rosario
- 5- M.Sc. Luis Ortiz Zamora

Documentos
Digitales

Duodécima Edición Digital

Edición 19/1 Diciembre 2025

TRIBUNA LIBRE

REVISTA TRIBUNA LIBRE UNDÉCIMA EDICIÓN DIGITAL

ISSN 2953-7339 Tribuna Libre

Dr. Ricardo Guerrero Portilla
Director

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa
Dr. Albán Bonilla Sandí
M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Revista Tribuna Libre es una publicación sin fines
de lucro, patrocinada por la Universidad
Escuela Libre de Derecho, dedicada
a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Revista Tribuna Libre. Vol. 19, No. 1 (1-111). Setiembre– Diciembre, 2025. Duodécima Edición Digital



AVISO LEGAL

La Universidad Escuela Libre de Derecho no se hace responsable de las opiniones que expresa el autor y en ningún caso representan la opinión de la Universidad Escuela Libre de Derecho. El autor se hace responsable de que la obra sea inédita y original. Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

PRESENTACIÓN

La última edición de la Revista Tribuna Libre para este 2025 está basada en el XXIV Congreso Internacional de Derecho Administrativo (FIDA) 2025. Actividad que reunió a grandes expositores nacionales e internacionales en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica en octubre y que la Universidad Escuela Libre patrocinó e impulsó, consciente de la importancia de tan magno evento académico, el gran nivel de los expositores y el homenaje a Dr. Ernesto Jinesta Lobo, abogado especialista y experto en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, ex Magistrado y ex Presidente de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y distinguido profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho.

El FIDA, como bien lo explica el Dr. Jaime Rodríguez-Arana en su artículo para esta edición busca:

“El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) fue constituido en el año 2001, y entre sus objetivos fundacionales se halla el de ahondar en el estudio del Derecho Administrativo, nacional y comparado, a fin de proponer múltiples recursos organizativos y funcionales.” (Rodríguez-Arana, J. 2025)

Dentro del Derecho Administrativo, el Derecho Regulatorio juega un papel crucial debido a su relación con el ejercicio de la función administrativa por parte del Estado y su impacto sobre los sectores económicos, la sociedad y el medio ambiente. El Derecho Regulatorio se enfoca en la regulación de áreas económicas y sociales clave, en esta edición se presentan cuatro artículos con temáticas fundamentales dentro de éste: la regulación de la educación privada (Costa Rica), la participación de inversión privada en proyectos de infraestructura estatal (Paraguay), la asociaciones público- privadas y sus riegos sociales (Perú) y los incentivos para inversión privada en Costa Rica.

Esperamos que la persona lectora encuentre de interés las ponencias de tan distinguidos autores nacionales e internacionales que nos honran con su participación en nuestro proyecto de investigación, seria, veraz, científica y ética. Agradecemos profundamente al: Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Dr. Alex Rojas Ortega, M.Sc. Javier Parquet Villagra, Jean Barreda Vílchez, Rodrigo Becerra Romero, Renzo Inche Janampa, Geraldín Sánchez Rosario y al M.Sc. Luis Ortiz Zamora (connotado profesor de la Universidad).

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca
Editora

CONTENIDOS

1

Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.
EL FIDA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO
IBEROAMERICANO.

2

Dr. Alex Rojas Ortega.
INCENTIVOS A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN
COSTA RICA: EQUILIBRIO ENTRE DESARROLLO
ECONÓMICO Y SOBERANÍA NACIONAL.

3

M.Sc. Javier Parquet Villagra.
UN NUEVO ITINERARIO AL DESARROLLO DE LA
INFRAESTRUCTURA ESTATAL. DESAFÍOS AC-
TUALES EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE
INVERSIÓN. LA INICIATIVA PRIVADA Y SUS MA-
TICES.

4

**Jean Barreda Vílchez, Rodrigo Becerra
Romero, Renzo Inche Janampa y
Geraldín Sánchez Rosario.**
LOS RIESGOS SOCIALES EN LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO-PRIVADAS (APP): BASES DOCTRINALES
Y HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA UNA GESTIÓN
EFICIENTE.

5

M.Sc. Luis Ortiz Zamora.

LA NATURALEZA JURÍDICA LA EDUCACIÓN
SUPERIOR PRIVADA.

6

Artículos Digitales.

Artículos

EL FIDA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO.

*FIDA AND IBEROAMERICAN ADMINISTRATIVE
LAW.*

DR. JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

- Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña
- Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.



EL FIDA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO.

FIDA AND IBEROAMERICAN ADMINISTRATIVE LAW.

SUMARIO

I- INTRODUCCIÓN

II- SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN IBEROAMÉRICA

III- LA CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

IV- REFLEXIÓN CONCLUSIVA

RESUMEN

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) fue constituido en el año 2001, y entre sus objetivos fundacionales se halla el de ahondar en el estudio del Derecho Administrativo, nacional y comparado, a fin de proponer múltiples recursos organizativos y funcionales. En cada encuentro surgen dos obras colectivas –Foro y Congreso–, que, esperamos que ayuden a la investigación del Derecho Administrativo. De hecho, ya se percibe la construcción de un Derecho Administrativo Iberoamericano, más humano, más solidario, que apuesta por repensar las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo desde la dignidad del ser humano en el marco del Estado social y democrático de Derecho. En definitiva, estas citas favorecen, año tras año, la consolidación de un espacio jurídico administrativo iberoamericano que, a la vista del compromiso de los participantes, tiene muchísimo futuro por delante.

ABSTRACT

Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) was constituted in 2001, and one of its foundational aims is deepening in the study of the Administrative Law, national and compared, to propose multiple organisational and functional resources. In each meeting, two collective works arise –Forum and Congress–, that, we expect that they help to the investigation of the Administrative Law. In fact, the construction of an Ibero-American Administrative Law is perceived already; it's more human, more solidary, and it bets by rethinking the categories and the institutions of the Administrative Law from the dignity of the human being in the frame of the social and democratic State of Law. Definitely, these appointments favour, year after year, the consolidation of an Ibero-American juridical space that, in sight of the commitment of the participants, has a lot of future by in front.

INTRODUCCIÓN

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) fue fundado el 1 de marzo de 2001 en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), como corporación académica regional de los juristas iberoamericanos especializados en la disciplina, con el fin de intercambiar conocimientos y experiencias atinentes a la materia y, de ese modo, contribuir al mejoramiento del régimen jurídico de sus países y al logro de una actuación estatal acorde con las exigencias derivadas de un Estado comprometido con la Justicia y sometido al Derecho, tal y como consta en el artículo primero de su acta constitutiva.

Además, entre sus objetivos fundacionales, se encuentra la labor de profundizar en el

estudio del Derecho Administrativo nacional y comparado, investigar en materia de Derecho Administrativo –a fin de proponer soluciones y/o alternativas organizativas y funcionales–, preparar iniciativas tendientes al perfeccionamiento del Estado de Derecho, así como al logro del bien común, el respeto y protección de los derechos humanos y la realización de la justicia.

Para la participación en el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo es requisito necesario ser profesor de Derecho Administrativo en una universidad pública o privada de los países iberoamericanos, además de estar dispuesto a aplicar los mejores esfuerzos para materializar los objetivos antedichos.

Por otro lado, desde su fundación, el FIDA se reúne periódicamente en forma de Foro y de Congreso Internacional para analizar los aspectos actuales de las instituciones del Derecho Administrativo, resultando como fruto de estos encuentros una completa colección de libros de actas de los foros de profesores, así como más de veinte obras colectivas que recogen las aportaciones de los Congresos Internacionales.

La convocatoria de 2025, que es la número XXIV, se celebró en la ciudad de San José (Costa Rica) gracias a la generosidad del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, a la Universidad Escuela Libre de Derecho, y, sobre todo la comisión que lideran Ernesto Jinesta y Luis Ortiz con un magnífico grupo de profesionales. Los días 29 y 30 de septiembre de 2025 se desarrolló el Foro en torno a «Los bienes públicos». Y a continuación, los días 1, 2 y 3 de octubre, se realizó el congreso bajo el título «Regulaciones del Derecho Administrativo Iberoamericano». Ambos eventos, Foro y Congreso, en homenaje al destacado jurista costarricense a quien tanto admiramos Ernesto Jinesta Lobo.

En los primeros años del Foro, esta institución académica de especialistas del Derecho Administrativo Iberoamericano se circunscribía realmente al encuentro de los profesores en

torno a un tema de estudio previamente seleccionado. Entonces, durante los años 2001 y 2003, con el concurso –en aquel momento, de los funcionarios del Instituto de Administración Pública del Reino de España–, se organizaban los debates en torno a la cuestión previamente determinada que, como era lógico, versaba sobre la función pública. Más tarde, con el compromiso de socializar el conocimiento y ayudar al desarrollo del Derecho Administrativo en cada uno de los países de la región, se estableció que al calor del Foro se celebrara un Congreso Internacional sobre los temas de mayor interés para la comunidad nacional de administrativistas encargada de la organización del Foro.

En este sentido, los colegas, siguiendo las rigurosas y precisas directivas que elabora el secretario general año tras año, el profesor Carlos Enrique Delpiazco Rodríguez, empezaron a redactar sus ponencias, que entregaban a tiempo para la publicación. Desde México hasta Argentina, contando con España y Portugal, los plazos se cumplieron también en esta ocasión y en los próximos días contaremos en Costa Rica con el libro del foro de profesores y con el libro del Congreso Internacional. Dos magnas obras colectivas que esperamos contribuyan al estudio y a la investigación de una rama del Derecho Público de tanta actualidad como es el Derecho Administrativo.

En efecto, en cada edición del FIDA se presentan dos obras colectivas, una que reúne las ponencias del Foro de los profesores y la otra que aglutina las intervenciones de los colegas en el congreso internacional. Así, de esta manera, en estos veinticuatro años de existencia, la comunidad jurídica del Derecho Administrativo dispone de más de cuarenta obras colectivas que estudian las fuentes y las principales categorías del Derecho Administrativo a partir de una aproximación comparada iberoamericana.

El espacio jurídico administrativo iberoamericano va siendo, poco a poco, una realidad. Las publicaciones del FIDA ayudan sobre-

manera a la consolidación de esta realidad cultural, histórica y jurídica que tanto futuro tiene por delante. En este sentido, –gracias al FIDA– ya es una venturosa realidad, fruto de la colaboración de una quincena de Universidades de la región, el Programa de Doctorado interuniversitario en Derecho Administrativo Iberoamericano que, de seguro, fortalecerá –ya lo está haciendo– los estudios e investigaciones en esta rama del Derecho Público.

II. SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN IBEROAMÉRICA

Hace algunos años, en 1997 para más señas, recuerdo que el profesor Allan Brewer Randolph Carías, uno de los grandes forjadores de la democracia en Venezuela al que la defensa de la libertad en su país le ha costado el exilio y la persecución política, me comentó que el espacio jurídico iberoamericano del Derecho Administrativo compartía raíces, tradiciones y fuentes que aconsejaban la tarea de estudiar el conjunto de las instituciones, categorías y conceptos de esta rama del Derecho Público desde esta perspectiva regional. El consejo no cayó en saco roto, y gracias también al trabajo infatigable de Julio Rodolfo Comadira, empezamos a pensar en la manera de dar forma a esta gran aventura intelectual. Para ello era necesario acudir más al continente, propiciar foros de encuentro, leer y citar la doctrina americana y contribuir a tender puentes entre España y América en lo que se refiere al Derecho Administrativo. La misma orientación, unos años antes, entre 1990 y 1992, la recibí de otro gran maestro del Derecho Administrativo, Juan Carlos Cassagne, gran amigo de España y también egregio jurista de renombre universal. Por supuesto, Jesús González Pérez animó esta gran propuesta académica. Finalmente, mi maestro el profesor José Luis Meilán Gil certificó la pertinencia de tal proyecto y nos pusimos manos a la obra coincidiendo en ese tiempo con la dirección del Instituto Nacional de Administración Pública en el Reino de España.

Así, empezamos a trabajar a través del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, a partir del año 2000, estudiando las principales instituciones del Derecho Administrativo gracias a la colaboración de tantos y tan buenos profesores y maestros del Derecho Administrativo de los países de la región. Y después de algunos años, en el 2013, comenzó el Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano, que promovimos entre más de diez universidades de ambos lados del Atlántico.

La tarea de comparación de los Derechos Administrativos de nuestros países es posible porque en España ha existido y existe una escuela de Derecho Administrativo de gran calibre e influencia que ha sabido acercarse, con modestia y sentido del aprendizaje, a la gran comunidad académica del Derecho Público Iberoamericano.

Doctorandos, discípulos, leyes de procedimiento administrativo, legislación en materia de jurisdicción contencioso-administrativa, normas en materia de empleo público, de contratación, etc. ... han tenido su origen en la presencia española en la región gracias a la influencia de profesores como Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, José Luis Meilán Gil, Luciano Parejo y otros tantos, Alejandro Nieto y Fernando Garrido Falla, que transmitieron con generosidad sus conocimientos. Una presencia que a mí me gusta decir, porque así lo experimento con frecuencia, que permite a los españoles conocer mejor esta gran realidad que es Iberoamérica y aprender tanto de los profesores de Derecho Administrativo allende los mares. Mi universidad, como ya he recordado, la Universidad de A Coruña, desde el curso 2013-2014 dispone de un Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano en colaboración con once universidades latinoamericanas que va a permitir, hoy y es una realidad venturosa, en régimen interuniversitario, potenciar la investigación al más alto nivel en este sector tan relevante del Derecho Comparado que es el Iberoamericano. En estos días se ha defendido la tesis

número cincuenta de este doctorado.

No es casual o baladí que en estos momentos Iberoamérica tenga la pujanza que tiene. Con luces y con sombras, es verdad, como toda realidad humana que se precie. En materia de Derecho Administrativo, la región está de enhorabuena, pues dispone desde el 10 de octubre de 2013 de una Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública que supera con creces, por ejemplo, la regulación europea en materia de derecho fundamental de la persona a la buena administración pública.

Así, de esta manera, se percibe la construcción de un nuevo Derecho Administrativo Iberoamericano, más humano, más solidario, que apuesta por repensar las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo desde la dignidad del ser humano en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Consecuencia de la radicalidad con la que las Constituciones de la región afirman que el centro, la raíz y el principio del Estado es la persona.

Es verdad que la influencia en Iberoamérica, y en otras partes del globo, de la doctrina española es patente. No hay más que abrir cualquier de los distintos manuales al uso de Derecho Administrativo que los estudiantes manejan en las Facultades de Derecho de las Universidades de la región. Es verdad. Los que con frecuencia tenemos el privilegio de compartir actividades académicas con los colegas de este lado del hemisferio damos fe de ello, y, sobre todo, somos conscientes de que en este momento la cátedra de Derecho Administrativo de los países americanos, de todos sin excepción, brilla con luz propia, y en bastantes sectores de nuestra disciplina, los europeos somos los que tenemos que aprender de tan agudas y afinadas lecciones como se imparte al otro lado del Océano.

Por lo que se refiere a la Administración pública en Iberoamérica, conviene tener en

cuenta algunas consideraciones que ayudan sobremedida a comprender las reformas y nuevos planteamientos que empiezan a alumbrarse en el continente, muchas de gran calado y actualidad.

En efecto, en este tiempo de crisis económica y financiera planetaria, destacadas voces del sector económico, a pesar de los actuales riesgos de contagio para las economías emergentes, han reconocido que el futuro, en alguna medida, pasa por Iberoamérica. El futuro, desde luego, pero también el presente. Y no sólo desde la perspectiva económica, también desde el punto de vista cultural y social –el Derecho es un producto cultural– el continente americano, a pesar de las dificultades que atraviesa, está en inmejorables condiciones de liderar las grandes transformaciones que el mundo actual precisa. Entre otras razones porque en la región todavía late con inusitada fuerza, con luces y sombras obviamente, la vitalidad propia de una tierra en la que todavía late con intensidad, esperemos que, por largo tiempo, la centralidad del ser humano y de sus derechos fundamentales.

Desde el punto de vista cultural y social, las condiciones para el despegue son también óptimas. En la sociedad, a pesar de la existencia de no pocas desigualdades y de una alta corrupción, los valores humanos están bien presentes y la institución familiar es central para la vida de las personas. Los gobiernos, unos más que otros, están preocupados por mejorar los patrones de la gobernanza y por el compromiso con los derechos humanos, algo que, en Europa, el viejo y enfermo continente, hoy, sumidos como estamos en una grave crisis moral, brilla por su ausencia. La Universidad en Iberoamérica está pujante, los alumnos estudian, tienen hambre de conocimientos, el fracaso escolar es más bajo que en Europa. Es posible, pues, también en este sector, poner en marcha iniciativas de vanguardia porque los prejuicios apenas existen.

Iberoamérica es un continente abierto a la

vida, al conocimiento. Hay dificultades que todos conocemos, pero en términos generales en la región, unos países más que otros obviamente, se advierte que la mayoría de las naciones están comprometidas en un desarrollo plenamente humano con especial referencia a los más pobres y desfavorecidos. La crisis económica y financiera que se ha cebado en el mundo occidental, espacio en el que reina un modelo de capitalismo que habrá de renovarse o refundarse sobre bases más humanas y razonables, no ha podido doblegar, hasta el momento por lo menos, las economías de los países iberoamericanos. Países que ordinariamente, dada su especial fragilidad institucional y económica eran, tiempo atrás, las primeras víctimas que se llevaba por delante cualquier recesión o crisis económica internacional. Sin embargo, a día de hoy, las economías de las repúblicas hermanas de la otra parte del Atlántico, con las excepciones que todos conocemos, siguen creciendo equilibradamente, ahora un poco menos, y disponen de cuentas públicas razonablemente sólidas.

En términos generales, el modelo de Administración pública en los países de la región trae causa del régimen presidencialista que domina en esas latitudes. Un sistema de “botín” que concibe a la burocracia como propiedad de quien gana las elecciones. De esta manera, a pesar de que se han producido en algunos países evoluciones destacables en orden a una profesionalización de la función pública, en muchos de estos países sigue siendo una asignatura pendiente en la que España debería estar más presente y más activa.

Las reformas administrativas, pues, deben partir, en estos países, por garantizar un sistema de función pública estable y profesional en el que el acceso y la promoción se realice mediante los criterios de mérito y capacidad y no en función de la adscripción política de los candidatos. Es verdad que sobre todo en el área de las relaciones exteriores, en algunos de estos países se cuenta con sistemas profesionales de acceso a la diplomacia,

pero, insisto, es esta una cuestión de Estado que afecta considerablemente, al progreso y a la estabilidad política, económica y social de la región.

Durante la IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en 2002 en Santo Domingo se proclamó que «el Estado constituye la máxima instancia de articulación de relaciones sociales» y que, desde la perspectiva de la gobernabilidad, para el progreso económico y la reducción de la desigualdad, el Estado es fundamental para el logro de niveles crecientes de bienestar económico.

En Europa nos puede sorprender inicialmente este tipo de tareas que se le pide al Estado en Iberoamérica ya que, para nosotros, en contextos más estables y de mayor protección social, hoy en entredicho debido a la crisis, el Estado está para garantizar y asegurar derechos y libertades que cada uno realiza personalmente desde los postulados de la libertad solidaria. Sin embargo, sabemos que en Iberoamérica la inestabilidad es una realidad, la política no tiene buena prensa y, con excepciones, es frecuente pensar que trabajar para el sector público es poco menos que una tarea deshonrosa porque el sector privado, para tantos, es la fuente de todas las bendiciones y parabienes. Algo que en Europa a día de hoy a causa de la crisis en que está en inmersa desde tantas dimensiones, también pesa lo suyo.

A mi juicio, el gran desafío de estos países es recuperar el sentido del Estado, del modelo del Estado social y democrático de Derecho. En un Estado, es obvio, en el contexto de la realidad social, política y económica de cada país. Y para ello, para que el Estado social y democrático de Derecho pueda desplegar sus fines, es menester que su principal instrumento, la Administración pública, esté en condiciones de promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

Desde este planteamiento puede entenderse que el Estado sea la máxima instancia de articulación social. Claro, que la función de articulación debe circunscribirse a integrar, a animar redes sociales sólidas y, sobre todo, a ayudar a que los excluidos y desfavorecidos puedan acceder al sistema social. Para ello, es necesario, parece lógico, disponer de un aparato administrativo profesional, bien preparado, con mentalidad abierta, capacidad de entendimiento y sensibilidad social. El Estado, para la tarea que se le encomienda debe contar con buenos servicios sociales a cuyo frente debe haber personas, insisto, con una fuerte vocación de servicio público.

Por eso, hoy en Iberoamérica es muy importante abrir el debate sobre la dignificación del servicio público planteando sin miedo la profesionalización de la Administración pública como cometido básico. En este marco, es urgente modificar la percepción que del Gobierno y de la Administración pública existe en la ciudadanía a través, insisto, de una inteligente labor de recuperación de la honorabilidad del servicio público, de insistir en la preparación de los funcionarios, de retribuir dignamente este trabajo y de atraer para la Administración pública a los mejores.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, rubricada en Santa Cruz de la Sierra el 27 de junio de 2003, señala en su artículo primero la función esencial inherente a la existencia misma de la Administración pública: «garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos en el marco de una Administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general». En el mismo sentido, dicho precepto establece también la finalidad de la propia Administración pública: «compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de Administraciones profesionales en contextos democráticos».

Estas referencias de la Carta Iberoamericana de la Función Pública son suficientes, a mi juicio, para afirmar que algo está cambian-

do en la estructuración y conceptualización de la Administración pública en Iberoamérica, como sabemos muy cercana, al menos hasta ahora, a los más conocidos ejemplos del sistema de botín ("spoil-system").

Primero, porque ya se empieza a hablar de profesionalidad y de servicio al interés general. Es decir, de una organización imparcial cuya tarea consiste esencialmente en el servicio al interés general. La magnitud de la tarea requiere de una organización caracterizada por la profesionalidad y que trabaje eficaz y eficientemente, en el marco de la imparcialidad, igualdad y mérito, al servicio del interés general. En segundo término, la referencia a la igualdad y mérito nos hace pensar en sistemas de reclutamiento en los que tales criterios sean los parámetros rectores de la selección del personal al servicio de la Administración pública. Así, si los patrones que se desea que presidan los procesos de selección en la función pública son el mérito y la capacidad es lo cierto que el nepotismo y amiguismo, en definitiva, la arbitrariedad, parecen condenados a partir de ahora. En tercer lugar, la apelación a la eficacia y eficiencia de la Administración, debe entenderse siempre, así lo entiende la propia Carta Iberoamericana de la Función Pública, en sintonía con el principio de servicio al interés general.

Lógicamente, la Carta Iberoamericana de la Función Pública no se pronuncia por ningún sistema concreto y específico de función pública porque no puede hacerlo por razones obvias. Pero sí que señala con nitidez los principios generales que deben caracterizar el modelo iberoamericano de función pública, bien conocido y experimentado entre nosotros, que debe adecuarse a las peculiaridades de cada país, pero sin que su asimilación, por decirlo así le haga perder las notas que lo distinguen esencialmente.

Quizás por ello, el artículo 3 de la Carta Iberoamericana de la Función Pública nos perfila las notas básicas de la noción de función pública: «Se entiende por Administración

profesional una Administración pública dirigida y controlada por la política en aplicación del principio democrático, pero no patrimonializada por ésta, lo que exige preservar una esfera de independencia e imparcialidad en su funcionamiento, por razones de interés público». La cabeza rectora de la Administración es el Ejecutivo, pero ello no quiere decir que el poder político se expanda sobre la Administración, que invada la estructura administrativa, sino que la función administrativa, separada, aunque dependiente del gobierno, tiene como tarea profesional la imparcial gestión del interés público. Para esta tarea necesita la Administración de un margen razonable de autonomía que le permita cumplir su función. Autonomía que está pensada para preservar la mejor gestión del interés público en el marco de los objetivos marcados en cada momento por el gobierno.

Sin embargo, a pesar de los pesares, la situación general de estas cuestiones en Iberoamérica precisa de grandes consensos porque, de lo contrario, la región puede entrar en una dinámica inquietante en el que, otra vez, las dictaduras y el autoritarismo, se extiendan como la pólvora. Sobre todo, si el contagio de la crisis económica y financiera del mundo occidental se expande como la pólvora por Iberoamérica y crea mayores bolsas de pobreza y de exclusión.

En efecto, para apuntalar mejor los fundamentos de una sociedad democrática, es menester disponer de Administraciones públicas profesionales en las que el sistema de ingreso y promoción en el aparato gubernamental sea el de mérito y capacidad. Quizás por eso, la Carta iberoamericana de la Función Pública, suscrita en junio de 2003 en Santa Cruz de la Sierra con una activa participación española, aspira a constituir «un instrumento al servicio de las estrategias de reforma que incorporan los criterios inspiradores de los esfuerzos de modernización», tal y como reza el criterio sexto del capítulo segundo, dedicado a los vectores orientadores y a los criterios rectores de la Carta.

En este sentido, desde la perspectiva del protagonismo que en los procesos de reforma deben compartir ciudadanos y servidores públicos encargados de gestionar el interés público objetivamente, la Carta acierta al señalar como el primero de los criterios «la preeminencia de las personas para el buen funcionamiento de los servicios públicos y la necesidad de políticas que garanticen y garanticen el máximo valor del capital humano disponible por los gobiernos y organizaciones del sector público».

Las personas son, en efecto, el centro de las nuevas políticas públicas. Ese carácter central supone que la ciudadanía asume su papel medular superando una perspectiva meramente pasiva, como sujeto de los servicios, para adquirir mayor conciencia de constructor, junto a la propia Administración, de las nuevas políticas públicas. La tarea es complicada y bien difícil porque todavía encontramos, incluso en los países más desarrollados, aproximaciones políticas que buscan la manera, a veces bien sutil, de sumergir a la ciudadanía en ese agradable sueño del anonimato, en el que juegan un papel bien importante las más variadas fórmulas de manipulación que ofrece el pensamiento único. Por lo tanto, por un lado, las personas se presentan como ciudadanos comprometidos con el interés general, y por el otro, como servidores con las mayores capacidades técnicas posibles, para que, de verdad, de manera veraz y cierta, la tarea profesional de la gestión pública esté realmente en muy buenas manos. A todos interesa, sobre todo a la ciudadanía, que quien maneja el interés general disponga de una muy buena preparación y de una digna retribución. Este tema, capital, tiene mucho que ver en Iberoamérica con la educación en todos los niveles: familiar, social y docente.

Los sistemas de acceso a la función pública son variados, como variadas son las tradiciones administrativas. Ahora bien, dentro del área democrática parece que el mérito y la capacidad deben ser los criterios que presidan esta fundamental tarea. Lo común, lo

público, lo colectivo, debe estar confiado a personas con acreditada capacidad profesional y también con una rectitud ética que les lleve a realizar su trabajo profesional al servicio real y objetivo de los intereses generales. Por eso, se entiende bien el segundo de los criterios de la Carta Iberoamericana de Función Pública: «la profesionalidad de los recursos humanos al servicio de las Administraciones públicas, como garantía de la mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos».

En un contexto de profesionalidad exigente aparece la estabilidad, condición indispensable para la gestión pública, lo que reclama sistemas de selección objetivos. Para unos será estabilidad temporal, y para otros indefinida. Probablemente, un sistema con estabilidad indefinida bajo criterios objetivos de selección con evaluación permanente, también objetiva, puede ser una solución que garantice la continuidad de las políticas públicas. Por ello, quizás, el otro importante criterio de la Carta Iberoamericana de la Función Pública se formula en estos términos: «la estabilidad del empleo público y su protección frente a la destitución arbitraria, sin perjuicio de la duración, indefinida o eventual, de la temporalidad que se establezca». También la Carta Iberoamericana de la Función Pública se refiere a otros criterios generales como la flexibilidad de organización y de la gestión del empleo público, la responsabilidad de los funcionarios, la observancia de la ética pública, el protagonismo de los directivos, el fomento de la participación, la transparencia y el impulso de políticas que fomenten la igualdad, el respeto a las minorías y la no discriminación. Criterios todos ellos que parten de la necesaria dignidad de la tarea de la gestión pública y, sobre todo, de una adecuada interpretación de lo que es el interés general en una democracia. Ahora, los procedimientos y las instituciones ya no son ni de los funcionarios ni de sus dirigentes, sino de la gente. Algo que, todavía, en muchos países iberoamericanos sigue siendo un sueño mientras no se decidan a hacer de la profesionalización una de las políticas de

personal más urgentes.

Si estamos de acuerdo en que el personal que trabaja en la función pública es un elemento fundamental para alcanzar los fines de interés público que distingue al aparato público, entonces entenderemos mejor el sentido que tiene que se busquen las mejores políticas de personal para que los servidores públicos estén en las mejores condiciones posibles para realizar con eficacia y sentido de servicio su tarea.

En este contexto, la Carta Iberoamericana de la Función Pública dedica varios de sus preceptos a la planificación del personal, en la que es medular una razonable definición de los puestos de trabajo y una adecuada forma de diseñar los perfiles de competencias de los empleados públicos. Pues bien, quienes sabemos de la trascendencia de estas previsiones y hemos certificado las grandes dificultades, por su complejidad, que caracteriza esta materia en la política de personal, abogamos por una razonable flexibilidad que permita que esta política en la función pública sea, no un fin en sí misma, sino un instrumento al servicio del cumplimiento y desarrollo del interés público al servicio de la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva, la llamada planificación del personal en la función pública es un instrumento, dice el artículo 13 de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, «mediante el cual la organización realiza el estudio de sus necesidades cuantitativas y cualitativas de recursos humanos a corto, medio y largo plazo, contrasta las necesidades detectadas en sus capacidades internas e identifica las acciones que deben emprenderse para cubrir las diferencias. La planificación constituye el nexo obligado entre la estrategia organizativa y el conjunto de políticas y prácticas de gestión del empleo y las personas». Se trata, pues, de una planificación indicativa que está al servicio de los intereses públicos, algo que debiera haber quedado mejor reflejado en el precep-

to pues la realidad nos enseña como tantas veces los expertos y prácticos de la función pública terminan por pensar que, en efecto, el sistema de función pública tiene tal relevancia que subsume cualesquiera otras consideraciones, incluso sobre las finalidades públicas de la organización.

Obviamente, para proceder a una razonable planificación del personal, es preciso disponer, de acuerdo con el artículo 14 de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, de «sistemas de información sobre el personal capaces de permitir un conocimiento real y actualizado de las disponibilidades cuantitativas y cualitativas de recursos humanos, existentes y previsibles en el futuro, agregadas por diferentes sectores, unidades, ámbitos organizativos, cualificaciones, franjas de edad y cualesquiera otras agrupaciones necesarias para la adecuada gestión del capital humano». La misma reflexión anterior debe formularse también a este precepto en el que la ausencia de los criterios de interés general debiera corregirse para evitar, insisto, que la política de personal se maneje desde los postulados del pensamiento único, cerrado y estático, como desgraciadamente ocurre en tantos países. Igualmente, entre los objetivos de la planificación a que hace referencia el artículo 15: «optimización de los efectivos cuantitativos y cualitativos disponibles, adaptación de las políticas y prácticas de personal a los cambios producidos en la organización y su entorno, correcta distribución de los recursos disponibles, redistribución flexible de las personas en función de las necesidades organizativas, reparto adecuado de la carga de trabajo entre las diferentes unidades y ámbitos organizativos, seguimiento y actualización de sus previsiones, participación activa de los directivos en los procesos de planificación»; no encontramos una clara orientación de esta política de personal en función de los intereses públicos a los que debe orientar su actividad cualquier función pública.

En este sentido, la relación y descripción de los puestos de trabajo debe estar en con-

sonancia con los objetivos públicos que en cada momento se consideran prioritarios por los ciudadanos. Objetivos públicos que igualmente deben tenerse en cuenta a la hora de valorar los perfiles de competencias de las personas que trabajan en el aparato público.

Cuántas veces la rigidez del sistema de función pública mantiene estructuras obsoletas, dificulta la adaptación de las unidades y servicios a las nuevas necesidades colectivas. Cuántas veces los registros de personal albergan toda suerte de datos sobre los funcionarios menos los realmente relevantes, como pueden ser, por ejemplo, su formación y trayectoria profesional, que podrán ser muy útiles para seleccionar en cada caso, de acuerdo con el mérito y capacidad, a quienes estén en mejores condiciones de realizar estas tareas.

Lógicamente, la política de personal debe ser razonable flexible, pues es un instrumento al servicio de la consecución de los objetivos públicos de la preferencia de los ciudadanos. Hoy por hoy, por lo menos en España, estamos todavía muy lejos de políticas de personal modernas en las que se conjugue el mérito y capacidad, la flexibilidad y la permanente orientación de las estructuras al servicio del interés general. Todavía la política de personal sigue siendo un coto cerrado por el pujan algunos de los grupos que aspiran al control del sistema de función pública. La Carta Iberoamericana de la Función Pública, consciente quizás de este problema, aconseja la «flexibilidad necesaria que facilite la movilidad funcional y geográfica de las personas y el reconocimiento de la mejora profesional» (artículo 19).

Cualquier persona que conozca la situación económica de los países iberoamericanos seguramente coincidirá en la necesidad de mejorar sustancialmente la Hacienda pública de estas naciones. En muchas de ellas, a pesar de que la pobreza es lacerante y de que solo algunos acceden realmente a condiciones de vida realmente dignas, resulta

que nos encontramos con bolsas importantes de ciudadanos que no hacen declaración de la renta. A veces, desde otro punto de vista, la situación de la hacienda pública muestra grandes carencias: la justicia del gasto público, sobre todo en educación y sanidad, tantas veces brilla por su ausencia. Es decir, no todos contribuyen a las arcas públicas y la ineficacia en la gestión del gasto y del ingreso conforman un panorama preocupante y necesitado de profundas y hondas reformas.

Estas consideraciones acaban de hacerse públicas con ocasión del informe sobre la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –en adelante, OCDE– en relación con las perspectivas económicas de América Latina. Dicho estudio comienza con una afirmación que hay que tener muy en cuenta: «América Latina es la región que presenta más desigualdades. Hoy se calcula que el 40% de la población, cerca de doscientos millones de almas, viven bajo el umbral de la pobreza. El crecimiento económico, sin embargo, se sitúa en torno al 5%, lo que debe propiciar mayores ingresos fiscales que, a pesar de los pesares, no se gastan con criterios de eficiencia y eficacia».

Es verdad que la población no tiene mucha fe en el sistema fiscal. Probablemente porque el nivel de las desigualdades y la desconfianza hacia las políticas públicas, cualesquiera que estas sean, dificulta sobremanera una mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, que ordinariamente manejan castas y grupos que se encaraman al poder mande quien mande con el fin de sacar el mayor partido a su conocimiento y experiencia en el manejo de los intereses generales. Por otra parte, la ciudadanía tiene una gran desconfianza en relación con el sistema fiscal porque, entre otras cosas, los impuestos apenas inciden real y efectivamente en la redistribución de la renta en la mayoría de los países de la región.

El informe de la OCDE se cuestiona cómo conseguir una fiscalidad más justa y eficien-

te. Para contestar a esta pregunta es menester tener muy en cuenta que los hogares con mayores ingresos son los que reciben la mayoría de los beneficios del gasto público. También hay que considerar que las exenciones que se consagran en numerosos sistemas fiscales de la región fomentan la evasión y reducen la recaudación. Por supuesto, no se trata de gastar más, sino de gastar mejor. En estos países el gasto en educación y sanidad ha de mejorar en cantidad y en calidad.

En fin, si estos países consiguen instaurar sistemas fiscales en los que todos aporten se habrá dado un salto cualitativo sin precedentes. Más, por supuesto, los que más tienen y más los que más se benefician de la situación. El presupuesto público en la región ha de atender numerosos servicios públicos que en ocasiones se privatizan de mala manera entregando a determinados grupos el control de empresas públicas que una vez en manos privadas pierden, paradójicamente, en calidad. La ciudadanía tiene que percibir que el presupuesto público tiene un activo compromiso social que lleva a los Gobiernos a estar presentes de modo inteligente en ciertas políticas sociales, educación y sanidad entre ellas, con el fin de garantizar que el derecho de las personas a la enseñanza o una atención sanitaria de calidad sea un derecho de todos no de una parte o sólo de los ricos y potentados.

Cada país es cada país, cada sociedad es cada sociedad. Por eso, las soluciones a los problemas no son las mismas para todos. En cada caso hay que buscar las políticas que mejor se enraícen en las peculiaridades del país sin renunciar, es obvio, a las señas de identidad del Estado de Derecho y de la democracia, algo que, sin embargo, no es del gusto de los líderes populistas que todavía pululan en Iberoamérica y el Caribe. En fin, mientras Iberoamérica parece que ha hecho en términos generales los deberes, Europa, el viejo continente, se debate en una grave crisis económica que tiene una dimensión moral evidente.

III. LA CARTA IBERAMERCANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El 10 de octubre de 2013, el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –en adelante, CLAD–, fiel a su tradición, aprobó en su seno la llamada Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP). El borrador me fue encargado por la secretaría general del CLAD y, con las mejoras introducidas por los responsables de función pública de la región, pienso que constituye el reflejo del compromiso que existe en esta parte del mundo en relación con una Administración pública más humana, más justa, más cercana a la ciudadanía, a la que debe servir en sus necesidades públicas. No es exageración alguna afirmar que tantos colegas de estas tierras han influido, y mucho, en un documento que reconoce el derecho fundamental a la buena Administración pública y que, en este sentido, va más allá que lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico europeo. Esta realidad, que se puede comprobar con una rápida lectura de la Carta (CIDYDCAP), insisto, es la demostración palpable del rigor y del buen hacer de la doctrina y la escuela de Derecho Administrativo en la región.

En el preámbulo, la Carta (CIDYDCAP) afirma que «el Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y perma-

nente con calidad y calidez».

Este párrafo primero del preámbulo reconoce, como no podía ser de otra manera, la funcionalidad del ciudadano en el modelo del Estado social y democrático de Derecho. Si el Estado es la comunidad política jurídicamente articulada sobre un territorio para garantizar y promover el libre desarrollo de la persona, es lógico, todavía más, es una exigencia, la existencia de un auténtico derecho fundamental, de un auténtico derecho humano, el de la buena administración pública.

Por otra parte, si reconocemos, como implícitamente admite dicha Carta (CIDYDCAP) que los poderes del Estado son de la titularidad y propiedad ciudadana, es lógico que quienes los ejercen temporalmente por mandato del pueblo, a él deban permanentemente dar cuenta del encargo recibido. De ahí que como señala el párrafo segundo de la Carta (CIDYDCAP), «los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los ordenamientos jurídicos nacionales establecen».

La aspiración a una Administración Pública que contribuya a un mejor servicio objetivo al interés general no es algo propio de este tiempo. Es una exigencia de la misma existencia de la Administración Pública, y desde siempre, de una u otra forma, se ha tratado de poner a disposición de los habitantes de un aparato administrativo comprometido con el libre y solidario desarrollo de las personas. En este sentido, el preámbulo de esta Carta (CIDYDCAP) sigue señalando que «en el marco del complejo Gobierno-Administración Pública, núcleo en el que se realiza la

definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder Ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable».

He aquí una caracterización de la buena Administración Pública como obligación de los Poderes Públicos, una caracterización más amplia y completa que la establecida en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Persona de 8 de diciembre de 2000. Una simple comparativa de las dos versiones enseña que en la Carta Iberoamericana aparece la nota de la objetividad y la de la justicia, algo que no acontece en la Norma europea, que se concentra en la imparcialidad, equidad y el plazo razonable.

La propia Carta (CIDYDCAP) subraya la capitalidad del ser humano como centro y raíz del Estado, y por ende de la Administración Pública: «Desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano». En este párrafo se justifica sólidamente el carácter de derecho humano del derecho a la buena Administración Pública, un derecho del que forman parte un conjunto de derechos derivados o integrantes, que, como el

derecho fundamental, deben gozar de la mayor protección jurisdiccional.

La buena Administración Pública puede ser concebida como obligación de los Poderes Públicos, como derecho humano y, también, como no, como principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración Pública. Extremo que explica también claramente el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): «La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana».

En realidad, la caracterización de la buena Administración, sea cual sea su funcionalidad concreta, responde, eso lo sabemos muy bien los conocedores de la Constitución del Reino de España, a la principal tarea de la Administración Pública: el servicio objetivo al interés general; y así lo refleja el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): «La buena Administración Pública, sea como principio, como obligación o como derecho fundamental, no es ciertamente una novedad de este tiempo. La Administración Pública siempre ha estado, está, y seguirá estando, presidida

por el muy noble y superior principio de servir con objetividad al interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado, tal exigencia en el funcionamiento y estructura de la Administración Pública implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, por ende, sea mejor conocido por todos los ciudadanos».

En el Estado democrático, los intereses generales, es bien sabido, ya no son objeto de definición patrimonial o monopolística por parte del Estado o de la Administración Pública. Más bien, tal definición se produce en el marco de un proceso dinámico de diálogo e interacción entre Poderes Públicos y agentes ciudadanos. De esta manera se evita esa versión unilateral, de fuerte sabor iluminista, a partir de la cual el funcionario público, que tantas veces se considera dueño y señor de los procedimientos y las instituciones, termina por pensar, y actuar consecuentemente, como soberano del interés general. Por eso, la Carta (CIDYDCAP) señala también en su preámbulo, que «la Administración Pública debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Unos intereses que en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se definen unilateralmente por las Administraciones Públicas. Por el contrario, los Poderes Públicos deben salir al encuentro de los ciudadanos para que de forma integrada y armónica se realice la gran tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas. Una función que en este tiempo debe diseñarse desde las coordenadas de la participación social, tal y como se puso de relieve en la precedente Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública adoptada en Estoril el 1 de diciembre de 2009 por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a iniciativa precisamente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo».

El derecho fundamental a la buena Adminis-

tración Pública y sus derechos componentes, junto a los deberes de los mismos ciudadanos, deben ser objeto de autoconocimiento por los habitantes pues en la medida en que las personas sean conscientes realmente de su posición medular en el sistema político y administrativo, entonces es posible que estemos en el momento de la verdadera reforma administrativa, que sin participación ciudadana, no es más que un precipitado de diversas dimensiones tecnocráticas por muy plurales y multidimensionales que sean. Por eso, la Carta (CIDYDCAP) señala con nitidez en el preámbulo que «en la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a una buena Administración Pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad».

En efecto, la rendición de cuentas como exigencia ciudadana es ciertamente distinta que la rendición de cuentas como expresión del quehacer de los entes públicos. Es más, una Administración que asume con habitualidad la motivación de sus decisiones, que es reacia a la oscuridad y que busca siempre y en todo atender objetivamente las necesidades colectivas de los habitantes, es una Administración profundamente democrática que se legitima en función de la calidad de la justificación de su actuación.

En definitiva, como señala acertadamente la Carta (CIDYDCAP), «el estatuto del ciudadano en relación con la Administración Pública está compuesto por el derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes, así como por los deberes que definen también la posición jurídica del ciudadano. Derechos y deberes son expresiones de la naturaleza dinámica y activa que hoy el Estado Social y Democrático de Derecho demanda de los ciudadanos en sus relacio-

nes con las Administraciones Públicas».

En efecto, el reconocimiento del derecho fundamental a una buena Administración Pública, así como sus derechos integrantes, sería incompleto si no se hiciera referencia a los deberes y obligaciones que graban sobre los propios ciudadanos. Como señala el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP), «Todas las Constituciones Iberoamericanas hacen referencia, desde una perspectiva general, a los deberes de los ciudadanos a cumplir las leyes, a promover el bien común y a colaborar con los poderes públicos en aras de la consecución del interés general. Y en las principales leyes administrativas de la región encontramos referencias expresas a dichos deberes aplicados a la relación con la Administración Pública en el marco del procedimiento administrativo».

En la Carta (CIDYDCAP), antes de la caracterización del derecho fundamental a la buena Administración Pública y de sus derechos componentes, se hace referencia a los principios por una elemental razón. El derecho humano a la buena Administración se levanta sobre el solar de los principios básicos del Derecho Administrativo y de la Administración y, los derechos componentes, como se puede colegir fácilmente, se encuentran en buena medida desperdigados por las diferentes leyes administrativas de la región. Así también lo ha entendido la Carta (CIDYDCAP) cuándo en la parte final del preámbulo señala que «por lo que se refiere a los principios sobre los que descansa el derecho fundamental de la persona a una buena Administración Pública, máxima expresión de la función de dignificación humana propia de los Poderes Públicos, es menester tener presente que todas las leyes administrativas que se han promulgado en Iberoamérica disponen de relevantes elencos y repertorios. Igualmente, muchos de los denominados derechos componentes del derecho fundamental a una buena Administración Pública están recogidos en las principales normas que regulan el régimen jurídico de la Administración Pública y el procedimiento admi-

nistrativo en los diferentes países iberoamericanos».

La Carta (CIDYDCAP) no es una norma jurídica de obligatorio cumplimiento, tal y como lo expresa el último párrafo del preámbulo: «La presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos».

«La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana». En el punto primero de la Carta (CIDYDCAP), transcrito al principio de este párrafo, se expone con meridiana claridad su objeto, que no es otro que dar carta de naturaleza de derecho humano, con todas sus consecuencias, al derecho fundamental de la persona a una buena Administración Pública. Un derecho humano que obligará a que todas las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, se caractericen por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana. Es más, una actuación administrativa que no se oriente al servicio objetivo del interés general nunca podrá promover la dignidad humana.

A renglón seguido comienza la exposición de principios, que deben entenderse, como dispone el punto segundo de la Carta (CID-YDCAP), en «el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del Ordenamiento Jurídico», contexto en el que debe afirmarse que «la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana».

El principio de servicio objetivo a los ciudadanos se proyecta, según lo dispuesto en el punto segundo, «a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales –incluyendo la inactividad u omisión– y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable».

En el apartado tercero se define el principio promocional de los poderes públicos, que «se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana». Este principio, como sabemos, es la expresión administrativa de la cláusula del Estado social y democrático de

Derecho.

En el punto cuarto se hace referencia al principio de racionalidad, que «se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades discrecionales». Este principio es uno de los más importantes para la existencia de una Administración comprometida realmente con la democracia y el Estado de Derecho pues en buena medida se puede afirmar que el compromiso con los derechos humanos de una Administración Pública se mide por la calidad y rigor de las motivaciones de sus decisiones.

En el apartado quinto se trata del principio de igualdad de trato, en cuya virtud «todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda forma de discriminación cualquiera que sea su naturaleza». Este principio debe facilitarse especialmente a las personas con capacidades especiales o diferentes: «Las Administraciones Públicas deberán realizar los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para asegurar que este principio llegue efectivamente a los ciudadanos con especiales dificultades, especialmente a las personas con capacidades especiales o capacidades diferentes».

En el apartado sexto se hace referencia al principio de eficacia, «en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano». La Administración Pública debe ser guiada en atención a objetivos en los que los ciudadanos han de tener presencia en el marco de las preferencias electorales que ha de concretar el Gobierno salido de las elecciones. Sin objetivos es difícil que la Administración Pública sirva con objetividad

los intereses generales.

La eficacia según la Carta (CIDYDCAP) también se ordena a eliminar y remover las dificultades que impiden que las actuaciones administrativas cumplan los fines previstos. Así en el mismo punto sexto, la Carta (CIDYDCAP) dispone que «las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública». En la medida en que se identifique al funcionario responsable de cada procedimiento, será más sencillo derivar la responsabilidad que en que pudiera incurrir como consecuencia de dilaciones y retardos indebidos, sin justificación alguna.

El principio de eficiencia atiende a la consecución de los objetivos establecidos con el menor coste posible, y según el apartado séptimo, «obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general». Es decir, la eficiencia debe tener presente, para alcanzar los resultados esperados, los recursos, personales y materiales, disponibles en un marco en el que la equidad y el servicio objetivo al interés general, sean criterios determinantes. Esto es así porque la Administración no es una organización que se mueva por el lucro o el beneficio económico, sino por la rentabilidad social.

De acuerdo con el principio de economía, apartado octavo, «el funcionamiento de la Administración Pública estará guiado por el uso racional de los recursos públicos disponibles (...) de manera que el gasto público se realizará atendiendo a criterios de equi-

dad, economía, eficiencia y transparencia». El gasto público debe, pues, realizarse en un contexto de equilibrio y complementariedad entre los principios de eficacia, eficiencia y equidad, siempre de forma transparente.

En virtud del principio de responsabilidad, según el punto noveno, «la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente». Como es lógico, la Carta (CIDYDCAP) no entra en la cuestión de si las lesiones deben ser consecuencia del funcionamiento anormal o irregular de los servicios públicos, optando por la regla general de la responsabilidad por actuaciones administrativas que lesionen, sin más, los bienes o derechos de los ciudadanos.

Los ciudadanos son los dueños y señores del poder público y por ende quienes lo ejercen en su nombre deben dar cuentas a la ciudadanía permanentemente de cómo lo administran. Por eso, en el punto décimo, de acuerdo con el principio de evaluación permanente de la Administración Pública, «ésta, tenderá a adecuar su estructura, funcionamiento y actividad, interna y externa, a la identificación de oportunidades para su mejora continua, midiendo de forma objetiva el desempeño de sus estructuras administrativas».

En el apartado décimo primero se impone a la Administración Pública que asegure la «universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general con independencia de la ubicación geográfica de los ciudadanos y del momento en que estos precisen el uso de dichos servicios por parte de las Administraciones Públicas con presencia territorial». En el caso de los servicios públicos va de suyo, y en el caso de los servicios de interés general es consecuencia de la propia naturaleza de estos servicios que exigen que el Estado, a través de los medios más pertinentes, preserve también la

continuidad de estos servicios garantizando su universalidad, asequibilidad y calidad.

El “ethos” de la Administración Pública es obvio, pues, se dedica al servicio objetivo del interés general. No sólo estructuralmente, sino también a través de las personas que laboran en su interior. De ahí que el apartado décimo segundo se refiera al principio de ética, «en cuya virtud todas las personas al servicio de la Administración pública deberán actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promoviéndose la misión de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos así como la primacía del interés general sobre el particular».

La cláusula del Estado democrático implica la participación y presencia ciudadana en el análisis y evaluación de las políticas públicas. Por eso el punto décimo tercero de la Carta (CIDYDCAP) hace referencia al principio de participación, «en cuya virtud los ciudadanos, en el marco de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, podrán, según la legislación interna de cada país, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos de aplicación. Igualmente, se propiciará que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la Legislación administrativa correspondiente». Debe subrayarse que la Carta deja la puerta abierta a la función de control de la actividad administrativa general por parte ciudadana, lo que obviamente se regulará en la legislación general administrativa de cada país.

Dicha participación, como es lógico, tiene una relevancia especial cuándo se refiere a la elaboración de las normas administrativas. De ahí que la parte final de este apartado

señala que «de igual manera, la Administración Pública facilitará que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, también a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles».

En el punto décimo cuarto, consecuencia también de la función de servicio a la ciudadanía que acompaña a la Administración en todo su quehacer, se hace referencia a los «principios de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que, por razones de confidencialidad o interés general, serán objeto de interpretación restrictiva».

Consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior es, como dispone la Carta (CIDYDCAP) en este punto, que «las autoridades procurarán dar a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, según las diferentes legislaciones de cada uno los países de la región, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información».

En el apartado décimo quinto, se reconocen los «principios de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, en cuya virtud la Administración Pública se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas». La claridad de las normas administrativas trae consigo, como señala más adelante este apartado que «la Administración Pública procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos».

La denominada actividad administrativa de policía, ordenación o limitación especial-

mente, demanda la aplicación del principio de proporcionalidad, establecido en el punto décimo sexto de la Carta (CIDYDCAP), en cuya virtud «las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y evitándose limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido».

La Administración actúa, bien lo sabemos, en virtud de normas. Por eso, apartado décimo séptimo de la Carta (CIDYDCAP), el principio de ejercicio normativo del poder «significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder, sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o para lesionar el interés general».

En virtud del «principio de objetividad, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia, las autoridades y funcionarios, así como todas las personas al servicio de la Administración Pública, deberán abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo, actuando siempre en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o en los que pueda existir conflicto de intereses según el ordenamiento jurídico correspondiente» (apartado décimo octavo).

El principio de buena fe también se proyecta sobre la Administración Pública, por lo que el punto décimo noveno, señala que, en su virtud, «las autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes».

La Administración Pública, como está al ser-

vicio de los ciudadanos, debe facilitar todo lo que pueda las relaciones de éstos con el Poder público. Por eso, el punto vigésimo dispone que «de acuerdo con el principio de facilitación los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración Pública las mejores condiciones de calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten». En este sentido, las innovaciones tecnológicas han de estar orientadas a esta finalidad, por lo que, como establece la Carta (CIDYDCAP) al final de este apartado, «en estos casos, el uso de las TICS facilita la tramitación de numerosos procedimientos y permite de forma puntual conocer en cada momento el estado de la tramitación, así como solventar las dudas que puedan tener los interesados».

La resolución de los asuntos públicos en plazo razonable justifica el principio de «celeridad, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación de personas y de medios materiales disponibles y de acuerdo con el principio de servicio objetivo al interés general, así como en función de las normas establecidas para tal fin» (punto vigésimo primero).

La centralidad del ciudadano y su condición capital en el sistema político y administrativo, en cuanto dueño y señor de los poderes públicos, justifica el principio de transparencia y acceso a la información de interés general: establecido en el apartado vigésimo segundo: «el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración Pública deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de manera que éstos, de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información generada por las Administraciones Públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos

y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva».

Las nuevas tecnologías, dice la Carta (CIDYDCAP), tienen también gran importancia para facilitar dichos principios: «Las Autoridades deberán impulsar de oficio los procedimientos y procurarán usar las TICS a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas de acuerdo con los enunciados de la Carta iberoamericana del Gobierno Electrónico. Igualmente, se procurará potenciar el uso de estándares abiertos para facilitar la difusión y reutilización de la información pública o de interés general» (apartado vigésimo segundo “in fine”).

En este tiempo, las técnicas de limitación y ordenación a las que la Administración Pública puede someter las actividades de las personas deben respetar el principio establecido en el punto vigésimo tercero: el principio de protección de la intimidad, «de forma que las personas al servicio de la Administración Pública que manejen datos personales respetarán la vida privada y la integridad de las personas de acuerdo con el principio del consentimiento, prohibiéndose, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos correspondientes, el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas».

Finalmente, apartado vigésimo cuarto, el principio de debido proceso implica que «las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos superiores de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción».

Tras señalar el punto vigésimo quinto que «los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, jus-

ticia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana», la Carta reconoce que «el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país».

Estos derechos componentes que señala la Carta (CIDYDCAP), se encuentran en los apartados subsiguientes y, son, de forma resumida los siguientes: derecho a la motivación de las actuaciones administrativas; derecho a la tutela administrativa efectiva; derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale; derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos; derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país; derecho a no presentar documentos cuando éstos se encuentren a disposición de la Administración Pública; derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente; derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas; derecho a servicios públicos y de interés general de calidad; derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa; derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo; derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración Pública: los ciudadanos podrán denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones; derecho a conocer

las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente; derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos; derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública; derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general; derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad; derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo; derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten; derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten; derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general; y, derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

En fin, el futuro del Derecho Administrativo Iberoamericano lo contemplamos con esperanza pues un destacado grupo de especialistas de todos los países de la Región se ha comprometido en esta visión y en esta dimensión de la comparación de los Ordenamientos.

Cada FIDA es una ocasión, además, para el reencuentro personal, que para nosotros es tan valioso que no se admiten las intervenciones online porque el FIDA es un encuentro de personas comprometidas con la excelencia académica y con los valores humanos. Por eso estamos a punto de cumplir los

veinticinco primeros años en 2026. Y, por eso, contemplando a los más jóvenes, vemos el futuro con esperanza.

Bibliografía:

Carta Iberoamericana de la Función Pública (2003). Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) (2013). Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP). Caracas, Venezuela.

IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (2002). Santo Domingo, República Dominicana.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) (2022). ¿Cómo va la vida en América Latina?: Medición del bienestar para la formulación de políticas públicas. OECD Publishing, Paris, Francia.

INCENTIVOS A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN COSTA RICA: EQUILIBRIO ENTRE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOBERANÍA NACIONAL.

Incentives for foreign investment in Costa Rica: Balancing economic development and national sovereignty.

ALEX ROJAS ORTEGA

- Licenciado en Derecho por la UCR.
- Máster en Derecho Constitucional por la UNED.
- Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Especialista en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla - La Mancha y la Academia de la Magistratura de Perú.
- Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.
- Juez en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.



XXIV CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. Ernesto Jinesta Lobo

INCENTIVOS A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN COSTA RICA: EQUILIBRIO ENTRE DESARROLLO ECONÓMICO Y SOBERANÍA NACIONAL.

INCENTIVES FOR FOREIGN INVESTMENT IN COSTA RICA: BALANCING ECONOMIC DEVELOPMENT AND NATIONAL SOVEREIGNTY.

Sumario.

1.- Introducción; 2.- La conducta de fomento del Estado; A.- Definición y principales características; B.- Formas de fomento; C.- Criterio de la Sala Constitucional; 3.- Los incentivos a la inversión extranjera directa; A.- Marco normativo y políticas de incentivos en Costa Rica; i.- Principales normas regulatorias; ii.- Políticas de atracción de inversión; iii.- Incentivos adicionales fuera del Régimen de Zonas Francas; B.- Incentivos a la IED y zonas de interés económico; i.- ¿Qué es el régimen de zonas francas?; ii.- Principales incentivos en el RZF; iii.- Implicaciones de las más recientes reformas al régimen de zonas francas; 4.- Zonas de interés económico: El régimen de zonas francas y su impacto en la soberanía; A.- El área de zonas francas: Zona aduanera primera y "extraterritorialidad"; B.- Implicaciones respecto de la soberanía estatal; C.- ¿Pueden estas zonas afectar la potestad regulatoria del Estado?; 5.- Conclusiones.

RESUMEN.

El artículo examina la función de fomento del Estado como instrumento para atraer inversión extranjera directa (IED), en especial a través del régimen de zonas francas (RZF). A partir de un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, se identifica cómo los incentivos económicos y fiscales han favorecido la competitividad nacional y la generación de

empleo, pero también plantean desafíos en términos de equidad tributaria y soberanía estatal. El estudio sostiene que el régimen costarricense no implica una verdadera extraterritorialidad, sino un modelo de exoneraciones basado en la potestad constitucional de estímulo económico y se propone fortalecer la regulación para garantizar que los beneficios de la IED contribuyan al desarrollo sostenible y al respeto de la autonomía nacional.

ABSTRACT.

This article examines the role of the state in promoting foreign direct investment (FDI), particularly through the free trade zone regime. Based on a normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, it identifies how economic and fiscal incentives have fostered national competitiveness and job creation, but also pose challenges in terms of tax equity and state sovereignty. The study argues that the Costa Rican regime does not imply true extraterritoriality, but rather a model of exemptions based on the constitutional power to stimulate economic activity. It proposes strengthening regulations to ensure that the benefits of FDI contribute to sustainable development and respect for national autonomy.

Palabras clave.

Inversión extranjera, regulación, incentivos, soberanía, zona de interés económico.

Keywords.

Foreign investment, regulation, incentives, sovereignty, zone of economic interest.

Abreviatura	Significado
IED	Inversión extranjera directa
RZF	Régimen de zonas francas
GAM	Gran Área Metropolitana
UE	Unión Europea

1.- Introducción

La atracción de inversión extranjera es una estrategia fundamental para el crecimiento económico de Costa Rica y de los Estados. A lo largo de las últimas décadas, el país ha desarrollado un entorno favorable para la inversión mediante la implementación de incentivos como regímenes fiscales especiales, la creación de zonas de interés económico y la consolidación de un marco jurídico estable que brinda seguridad a los inversionistas. Estos factores, sumados a la estabilidad política, el alto nivel educativo de la población y la ubicación geográfica estratégica, han convertido a Costa Rica en un destino atractivo para empresas multinacionales que buscan expandir sus operaciones en América Latina.

Sin embargo, este modelo también plantea interrogantes sobre la soberanía nacional y el equilibrio entre los intereses económicos y el control estatal. La concesión de beneficios fiscales y regulatorios a empresas extranjeras genera debates sobre su impacto en la equidad tributaria, el desarrollo de la industria local y la capacidad del Estado para mantener su autonomía en la toma de decisiones estratégicas. Además, surgen cuestionamientos sobre la sostenibilidad de este enfoque a largo plazo, especialmente en un

contexto global donde la competencia por atraer inversión extranjera es cada vez más intensa.

Este artículo analiza la normativa vigente en materia de inversión extranjera, las ventajas y desafíos que este modelo representa para Costa Rica y los mecanismos disponibles para garantizar que el desarrollo económico no comprometa la capacidad regulatoria del Estado. Asimismo, se examina cómo el país puede fortalecer su competitividad sin poner en riesgo su autonomía en la formulación de políticas públicas que garanticen un crecimiento inclusivo y sostenible.

2.- La conducta de fomento del Estado

El fomento es una de las formas en que se suele manifestar la Administración Pública en aras de encauzar la conducta de los particulares, con la intencionalidad manifiesta de concretar algún objetivo de interés público. En adelante, se aborda este tipo de conducta pública, sus características, formas en que se manifiesta, siendo una de ellas, la relativa a los incentivos a la inversión extranjera y las zonas económicas especiales, así como alcances de esta particular conducta estatal.

A.- Definición y principales características

Una de las principales obligaciones del Estado moderno, particularmente en lo que concierne a la configuración de un Estado Social y Democrático de Derecho, lo constituye la necesaria promoción y estímulo del desarrollo económico, social y cultural del país y de los habitantes que lo conforman, procurando con ello mejorar y fortalecer las condiciones de vida de todas las personas.

En el ordenamiento jurídico costarricense, dicha obligación posee rango constitucional, pues de acuerdo con el artículo 50 de la Constitución Política, “*El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes de la República (...) estimulando la producción (...)*”, lo cual es susceptible de ser llevado a

su aplicación última a través de la conducta administrativa concreta y ordinaria de las Administraciones públicas.

Doctrinariamente se ha clasificado a la función administrativa como conducta i) de policía o limitativa, ii) de fomento y iii) de servicio público; lo que, en palabras de Ramón PARADA, se explica de la siguiente manera:

“(...) actividad de limitación o de policía, que restringe la libertad, los derechos o la actividad de los particulares, actividad de fomento o incentivadora, que estimula mediante diversos premios o apoyos el ejercicio de la actividad de éstos para que la orienten al cumplimiento de determinados fines de interés general, y, por último, la actividad de prestación o de servicio público, por la que la Administración suministra mediante sus propias organizaciones determinadas prestaciones a los particulares (sanitarias, docentes, culturales, de transporte, etc.).” (Parada, 1997, p. 431).

Particularmente en lo que corresponde al objeto de este estudio, se centrará la atención en la función administrativa calificada como de **fomento o promoción**, la cual, en nuestro criterio, se entiende como una forma de intervención efectuada por el Estado o por una Administración pública descentralizada, a través de la cual se incentiva la conducta de los administrados mediante el otorgamiento de variados tipos de beneficios con el objeto de encauzar dicha conducta particular por las sendas requeridas por la Administración para lograr la cristalización de los intereses públicos que esta representa y que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico como justificación misma de su existencia.

En tal orden de consideraciones, Eduardo García de Enterría manifestó que en el ejercicio de las conductas administrativas de fomento, la Administración pública se limita a *“(...) invitar o aconsejar direcciones o criteri-*

os determinados en el ejercicio de la libertad privada de determinación, o incluso, dando un paso más, pero respetando siempre el ejercicio de esa libertad, crea estímulos o beneficios para inducir por vía indirecta a que esa libertad se oriente por sí misma, para obtener tales beneficios, en el sentido más conveniente al interés general.” (García de Enterría, 2002, p. 92).

Y en un sentido muy similar, Fernando Garrido Falla (1989), se ha referido a esta particular manifestación de la función administrativa como *“(...) aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.”* (Garrido Falla, 1989, p. 300-301).

Aunado a ello, resulta de interés también considerar que, a la conducta de fomento del Estado, también se le ha atribuido un efecto disuasorio, que pretende desincentivar ciertas actividades; precisamente, en ese sentido, en el voto nº 1213-2016 del 27 de enero del 2016, la Sala Constitucional afirmó:

“Además de las razones que se esgrimen en la sentencia, es importante tener presente que el Estado, a través de la actividad de fomento, está autorizado por el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) para recurrir a los instrumentos de política económica (monetarios, cambiarios, crediticios, tributarios, etc.) con el fin de propiciar un determinado modelo de desarrollo y, por ende, estimular o desestimular ciertas actividades económicas. En estos supuestos, hay un motivo objetivo y razonable para conceder ciertos beneficios a determinados sectores productivos y negárselos a otros, sin que con ello se incurra en una vulneración del principio de igualdad.”

Es claro que, mediante la conducta administrativa de fomento ejercida por las Administraciones Públicas, sin emplear la coacción respecto de la conducta de los administrados, se procura alcanzar la satisfacción de los intereses públicos encomendados por el ordenamiento jurídico a aquellas, lo cual conduce a percibir la primera de las principales características que ostenta la conducta administrativa de fomento y que está referida a su capacidad para **dar efectividad a la vertiente positiva de la legalidad jurídico administrativa**.

Esta característica nos permite afirmar que, a pesar de que la perspectiva negativa o clásica del principio de legalidad evoca la íntegra sujeción de la Administración Pública al ordenamiento jurídico administrativo y en consecuencia, al bloque de legalidad, la función administrativa necesaria y adecuada para alcanzar la satisfacción del interés general de la colectividad no se agota ahí, pues precisamente será la perspectiva positiva de la juridicidad administrativa la que brinde una herramienta efectiva para esta labor.

En efecto, se está frente al principio de legalidad administrativa en su vertiente positiva, cuando la Administración pública actúa precisamente ejerciendo una previa habilitación normativa que el ordenamiento jurídico ha hecho a su favor, con el fin de llenar, suplir o concretar los más básicos y nobles fines que propenden a la satisfacción de las necesidades colectivas y que son la causa misma de su existencia.

Dicho de otro modo, en esta esfera de actuación, lo importante no será –como en la vertiente negativa de la legalidad- la restricción de la actividad administrativa a lo jurídicamente autorizado, sino que lo relevante será el verdadero despliegue de las conductas, algunas veces de carácter facultativo y otras de carácter prescriptivo –según así lo establezca la norma jurídica-, que sean jurídicamente necesarias y exigibles para dar satisfacción al interés general y que al mis-

mo tiempo, justifican la existencia misma del ente u órgano público.

Precisamente en relación con lo anterior, se presenta la segunda característica de la conducta de fomento y esta queda referida a que, en algunos casos, dicha conducta se presentará bajo los parámetros de la **conducta reglada** y en algunos otros, según lo determine el propio ordenamiento jurídico, podrá implicar el ejercicio de **conductas administrativas con elementos discrecionales**.

Lo anterior quiere decir que, en algunos supuestos, todos los elementos de la respectiva conducta administrativa de fomento pueden encontrarse previamente establecidos por el ordenamiento jurídico, de modo que ante el acaecimiento del presupuesto de hecho o de derecho condicionante de la conducta administrativa, necesariamente deberá producirse esta a través de la efectiva puesta en marcha de la correspondiente forma de manifestación de la función administrativa, esto es, mediante la adopción de la respectiva conducta formal o material por parte de la Administración pública.

Por su parte, en otros supuestos, los elementos de la conducta administrativa de fomento pueden no encontrarse definidos con rigidez o, aunque definidos, lo están de manera imprecisa, de tal modo que le otorgan a la Administración un margen de relativa libertad para elegir o decidir entre opciones igualmente válidas, todo ello en procura de la más oportuna satisfacción del interés público empeñado y por supuesto, con estricto apego no solo a las reglas de una buena administración, sino también a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos, tal como lo establecen los numerales 15 y 16 de la Ley General de la Administración Pública, como también el artículo 128 del Código Procesal Contencioso Administrativo.¹

¹ De relevancia es mencionar que las conductas administrativas que poseen elementos discrecionales deben valorarse, en criterio del suscrito, además, en relación con tres conceptos de suma relevancia: i) En primer lugar, según se

Sumado a lo anterior, en criterio del suscritor, la tercera característica de la conducta administrativa de fomento está relacionada con el **valor normativo** de su consagración dentro del ordenamiento jurídico administrativo, pues al estar dicha conducta prevista en el ordinal 50 constitucional, le provee a aquella una investidura normativa inmediata y directa, que vincula tanto a los Poderes públicos como a todos los habitantes de la República y que conduce su aplicación a través de los elementos fundamentales de la interpretación constitucional, especialmente bajo los parámetros del principio de la fuerza normativa y expansiva de la Constitución, el cual le imprime a esta la máxima eficacia jurídica.

E íntimamente relacionado con lo expuesto en el párrafo anterior, la cuarta característica de la conducta administrativa de fomento es su proyección respecto de los administrados como una situación jurídica específica de **libertad pública, garantía individual o derecho fundamental**², que puede implicar

adopte o no por el operador jurídico, la posición asumida por la **doctrina de la solución única** en lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados, la cual en Iberoamérica ha tenido como máximo exponente a don Eduardo García de Enterría, bajo el postulado de que los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles, solamente, de una única solución y no dan margen a una apreciación comparativa entre soluciones igualmente válidas desde la mira de la juridicidad (Al respecto Vid. SAINZ MORENO (Fernando). Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad. Editorial Civitas, Madrid, 1976); ii) De acuerdo con la terminología alemana, la valoración del concepto de **reducción a cero de la discrecionalidad**, en cuyo caso, la discrecionalidad inicial inmersa en la conducta administrativa daría paso a la conducta reglada por parte de la Administración; y, iii) La **discrecionalidad residual** que pueda mantener en sus manos la Administración luego de que una controversia haya sido llevada ante el estrado jurisdiccional contencioso administrativo y este orden judicial, en ejercicio de la potestad conferida por los artículos 11 y 49 de la Carta Política, así como sus homólogos 11, 15, 16, 59 y 216 de la LGAP y los artículos 127 y 128 del CPCA, haya impuesto los mandatos establecidos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, para el legítimo ejercicio de la potestad discrecional que permanece en forma residual sobre la Administración Pública. Para un estudio acabado sobre el tema Vid. González Camacho (Óscar), Jinesta Lobo (Ernesto), Jiménez Meza (Manrique) y Milano Sánchez (Aldo). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En obra en conjunto "El nuevo Proceso Contencioso Administrativo". Poder Judicial, Escuela Judicial, San José, 2006.

2 Tal como lo ha indicado Ernesto Jinesta, ello refiere a una situación jurídica de poder, donde "(...) el administrado titular tiene la libertad de actuar libremente en su esfera

o no, una relación obligacional, pero que independientemente de ello, con motivo de su consagración con rango constitucional, ostenta una vinculación normativa de rango supremo que es de observancia obligatoria tanto por parte de los administrados como por los Poderes públicos.

Todas estas características nos permiten afirmar que, la conducta administrativa de fomento actúa con mayor ímpetu en procura de la satisfacción del interés público, cuando se presenta en el plano práctico bajo los parámetros de la vertiente positiva de la juridicidad administrativa, a través del ejercicio efectivo de conductas administrativas –regladas o discrecionales– que se justifican en el ordenamiento jurídico costarricense con rango normativo supremo y que, como consecuencia de ello, permiten afirmar la existencia de una situación jurídica de poder que posee un sustento normativo superior, oponible frente a particulares y sujetos de derecho público.

B. Formas de incentivo

Como se indicó, a través de la actividad de fomento, las Administraciones Públicas encauzan la conducta de los particulares con el objeto de alcanzar determinados fines que se estiman de interés público y, de forma refleja, se provoca un efecto favorable para las personas, a través de la búsqueda de equidad, distribución de riqueza y mejora de la calidad de vida [al respecto, puede verse el voto constitucional n° 319-2020 del 08 de enero del 2020].

En aras de conducir la conducta de los administrados por las sendas requeridas por la Administración Pública, esta otorga diversos tipos de incentivos a aquellos particulares, de acuerdo con lo que se haya autorizado previamente por el ordenamiento jurídico.

jurídica, sin intromisiones o perturbaciones externas..." Jinesta Lobo, Ernesto. (2023). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Investigaciones Jurídicas. Pág. 224.

Al respecto, Luis Jordana de Pozas (1961) hace referencia a los instrumentos que puede utilizar la Administración Pública para poner en marcha su actividad de estímulo a la conducta de los sujetos de Derecho privado, de modo que, dicho autor avala la posibilidad de que las Administraciones Públicas no solo empleen mecanismos de fomento de carácter económico, sino también que puedan utilizar incentivos de carácter jurídico y honorario.

En un sentido muy similar, Gastón Jéze (2000) se había pronunciado respecto de los tipos de estímulo a la actividad particular, al expresar que *“La administración estimula frecuentemente las obras y establecimientos privados mediante subvenciones, dotaciones y afectaciones de inmuebles a título gratuito. (...) El legislador favorece su desenvolvimiento al autorizar a los particulares a afectar especialmente las cosas y los bienes para conseguir los fines de interés público...”*. (Jéze, 2000, p. 157).

En consecuencia, es admisible que los entes y órganos públicos puedan utilizar diversos tipos de incentivos para promover el acaecimiento de determinadas conductas por parte de los administrados, según la autorización normativa que exista al efecto, sin emplear la coacción ni prestar en forma directa o indirecta un servicio público y en procura de la satisfacción de los intereses públicos.

De manera que las Administraciones Públicas pueden emplear mecanismos de fomento de carácter económico tales como bonificaciones, incentivos a la exportación de productos no tradicionales, exoneraciones fiscales o subvenciones, pero también es posible la utilización de instrumentos jurídicos puros, que involucren la atribución de un estatus especial para los administrados que hayan adecuado su conducta a los requerimientos del fomento puesto en marcha por la Administración.

En tal sentido, como primer rasgo de diferenciación, es posible encontrar dos supues-

tos de conducta administrativa de fomento, pues, por un lado, según se trate del otorgamiento puro y simple de beneficios a la actividad de los particulares, estaremos frente a la conducta de fomento de carácter positivo, mientras que, por otro lado, en aquellos casos en que se presenten conductas administrativas que suponen desventajas a los administrados que no ajusten su actividad por los cauces propuestos por la Administración, se tratará de la ejecución de conductas de fomento de carácter negativo.

Ahora bien, en lo que corresponde propiamente a los tipos de estímulo creados por el ordenamiento jurídico y que son puestos en marcha a través de la adopción de conductas administrativas de fomento, en criterio del suscrito, se pueden encontrar los siguientes:

i. **Estímulo económico:** Corresponde a la conducta administrativa adoptada por la Administración Pública a través de la cual se incide de manera positiva o negativa sobre la esfera patrimonial de los administrados, de modo que aquellos encuentran como favorable a sus intereses pecuniarios moldear su actividad a lo procurado por la Administración. De acuerdo con ello, el estímulo de carácter económico se puede diferenciar entre medidas de naturaleza real o financiera.

En tal orden de consideraciones, las medidas que suponen una naturaleza real tienen como principal característica la prestación de bienes o servicios propios de la Administración Pública a los particulares, que le genera a estos una incidencia favorable en sus intereses patrimoniales, por ejemplo, el aprovechamiento por parte del administrado de bienes del dominio público o privado de la Administración; por su parte, las medidas de naturaleza financiera, presentan como rasgo caracterizador la privación de fondos efectiva o potencialmente contenidos en las arcas de la Administración, a través de la entrega de una suma determinada de dinero al administrado, tal como sucede con las subvenciones y los certificados de abono

tributario o forestal, así como, en otros casos, la exoneración o desgravación de obligaciones tributarias a través de una norma con rango de ley, en virtud del principio de reserva legal existente en materia tributaria, de acuerdo con los ordinales 121.13 de la Constitución Política y 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Respecto de este tipo de actividad, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto n° 31-F-S1-2012 del 19 de enero del 2012, manifestó:

“Mecanismo de intervención, por lo general de índole económico, en donde el Estado, a través de sus entes u órganos, procura promover o proteger una determinada actividad de interés general, sin recurrir a potestades de imperio. Se busca incidir en la iniciativa en el comportamiento de los particulares, mediante el otorgamiento de beneficios o incentivos, a condición de que se cumpla con el fin mediano perseguido por el Poder Público. La forma más usual es la subvención o la ayuda pública, pero no se restringe a estas.”

ii) **Estímulo jurídico:** Está referido a las conductas administrativas que tienen repercusión directa sobre cualesquiera de las situaciones jurídicas sustantivas de los administrados, a saber, situaciones jurídicas de poder, de deber, mixtas o bien, de ventaja.

iii) **Estímulo honorífico:** Corresponde a la conducta administrativa traducida en medidas que tienen influencia sobre el honor de los administrados y que pueden consistir en reconocimientos, diplomas, medallas, etc., motivados en la adecuación de la actividad de los particulares a los condicionamientos propuestos por la Administración.

Cualquiera de las posibles formas expuestas es susceptible de ser utilizada por la Administración pública, con el objeto de incentivar a los administrados a que dirijan su conducta por los cauces sugeridos por ella, en procu-

ra de la satisfacción de los intereses públicos que previamente hayan sido dispuestos por el ordenamiento jurídico y que, para el caso concreto, justifican el ejercicio mismo de la conducta administrativa de fomento.

C. Criterio de la Sala Constitucional

En lo que corresponde al tratamiento que ha dado la Sala Constitucional en torno a la conducta administrativa de fomento, es importante hacer referencia a algunos precedentes específicos dictados por ese Tribunal y en los que, en criterio del suscrito, se ha abordado tal tipo de conducta en forma abierta y detallada.

Por ejemplo, mediante la sentencia n.º 1441-1992 de las 15:45 horas del 02 de junio de 1992, la Sala Constitucional se refirió a la consagración de Costa Rica como un Estado prestacional, que procura el bienestar de todos sus habitantes y estimula la producción, a través de conductas estatales.

Por su parte, a través de la sentencia n.º 550-1995 de las 16:33 horas del 31 de enero de 1995, la Sala Constitucional afirmó que: *“El Estado puede, entonces, intentar plasmar sus fines y objetivos socio-económicos impulsando la iniciativa privada, o fomentando, por medio de incentivos, la actividad a que se dedica; o bien, mediante la imposición de ciertos deberes a los particulares con el fin de mantener en un mínimo aceptable el bienestar económico de la población...”*.

En semejante sentido, por medio de la resolución n.º 3327-1995 de las 15:42 horas del 27 de junio de 1995, la Sala Constitucional estimó lo siguiente:

“... el Poder Legislativo tiene la potestad de introducir regímenes de fomento de los distintos sectores productivos en función de las particularidades que los caracterizan. En general, los incentivos a la producción de productos no tradicionales y el incremento de las exportaciones del país tiene varias

consecuencias positivas, por ejemplo: el país tiene claras posibilidades de salir de la crisis económica, hay mayor disponibilidad de divisas para pagar las importaciones, aumenta el nivel de empleo (el sector privado absorbe mano de obra), existe transferencia de tecnología, desarrollo de nuevas áreas de producción no sujetas a los caprichos del mercado internacional y finalmente, por la ubicación de los proyectos y el tipo de trabajo, permite un desarrollo económico, social, cultural y tecnológico de las áreas rurales del país (...) En relación a la supuesta violación al artículo 50 de la Constitución Política, la Sala considera que los beneficios e incentivos que establecen las normas aquí impugnadas, lejos de atentar contra el artículo 50, más bien vienen a dar cumplimiento a dicha norma programática.”.

Es claro que, para la Sala Constitucional, existe una habilitación normativa suprema, establecida en el numeral 50 de la Constitución Política, en relación con la conducta administrativa de fomento.

Lo anterior, debido a que la acción administrativa de fomento deriva de razones de interés público que tienen como misión la canalización de recursos hacia ciertas actividades que se colocan en una situación más favorecida de la que resultaría de una libre dinámica de las relaciones económicas o comerciales ordinarias.

Además, en criterio del suscrito, la norma programática consagrada en el artículo 50 constitucional, no solo tiende al mejoramiento del nivel económico, social y cultural de nuestro país, sino que además le brinda al Poder Legislativo la potestad de introducir regímenes y técnicas de fomento a favor de la actividad de los particulares.

3.- Los incentivos a la inversión extranjera directa

El diseño e implementación de incentivos a la inversión extranjera directa (IED) constituye un pilar fundamental en las estrategias de desarrollo económico de los países, particularmente en economías abiertas y altamente dependientes del comercio internacional, como la de Costa Rica. En este apartado, se analizará el marco normativo y las políticas de incentivos a la IED vigentes en el país, con énfasis en los regímenes especiales y las condiciones que han favorecido la atracción de capital extranjero. Asimismo, se abordará el papel de las zonas de interés económico y su impacto en la inversión foránea, considerando sectores estratégicos y beneficios otorgados.

Finalmente, se ofrecerá una comparación con otros países de la región, identificando tendencias, desafíos y buenas prácticas que permitan contextualizar la competitividad de Costa Rica en este ámbito.

A.- Marco normativo y políticas de incentivos en Costa Rica

Costa Rica ha establecido un marco normativo sólido para la atracción y promoción de la inversión extranjera directa (IED), con el objetivo de generar empleo, fomentar la transferencia de tecnología y consolidar sectores estratégicos en la economía nacional. Aunque el régimen de zonas francas (RZF) ha sido el principal mecanismo de incentivos, el país cuenta con una serie de disposiciones legales y políticas que buscan brindar un entorno estable y atractivo para los inversionistas.

En este apartado se analizarán las principales leyes, tratados y políticas que regulan los incentivos a la inversión extranjera, más allá de los beneficios fiscales del régimen de zonas francas.

i.- Principales normas regulatorias

Costa Rica ofrece un marco jurídico que garantiza estabilidad y seguridad para los inversionistas extranjeros, basado en principios de libre comercio, apertura de mercados y pro-

tección de inversiones. Algunas de las normas más relevantes incluyen:

- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley N° 7472): Establece disposiciones para **evitar prácticas anticompetitivas** y garantizar un entorno de negocios equitativo, lo que resulta atractivo para las empresas que buscan operar en un mercado transparente.
- Protección al Inversionista Extranjero a través de garantías de **no discriminación** y la posibilidad de **resolver disputas mediante arbitraje** internacional, en el marco de la Ley de Arbitraje que entra en vigencia el 02 de abril del 2025.
- Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y Acuerdos de Libre Comercio (ALC): Costa Rica ha suscrito acuerdos internacionales que garantizan la protección de inversiones y ofrecen mecanismos de solución de controversias. Ejemplos relevantes incluyen el DR-CAFTA (con Estados Unidos) y tratados con la Unión Europea y China.

ii.- Políticas de atracción de inversión

Además del marco legal, Costa Rica ha desarrollado estrategias y políticas activas para atraer inversión extranjera, lideradas por instituciones clave como:

- Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo (CINDE): Es una agencia privada que trabaja en la promoción de Costa Rica como destino de inversión. Facilita información a empresas extranjeras, brinda apoyo en procesos de establecimiento y fomenta la expansión de empresas ya instaladas en el país.
- Ministerio de Comercio Exterior (COMEX): Define y ejecuta políticas de comercio exterior e inversión, incluyendo la negociación de tratados y la promoción de incentivos más allá del régimen de zonas francas.

- Banca de Desarrollo y financiamiento para inversión: Existen programas gubernamentales de financiamiento e incentivos crediticios, principalmente para sectores estratégicos como tecnología y manufactura avanzada.

iii. Incentivos adicionales fuera del Régimen de Zonas Francas

Si bien la mayoría de los beneficios fiscales están vinculados al régimen de zonas francas (RZF), Costa Rica también ofrece otros tipos de incentivos para atraer inversión:

- Incentivos sectoriales específicos: Existen estímulos dirigidos a sectores como **energías renovables, turismo sostenible y biotecnología**, los cuales pueden incluir exoneraciones fiscales parciales, apoyo en infraestructura y acceso a fondos de innovación.
- Infraestructura y capital humano: Atraer inversión extranjera no solo depende de incentivos fiscales, sino también de condiciones favorables en **infraestructura y talento humano**. Costa Rica ha impulsado iniciativas de educación técnica y programas de formación en habilidades digitales para responder a las necesidades del sector productivo.
- Zonas de **desarrollo económico fuera de la GAM**: Se ha promovido incentivos diferenciados para empresas que se establecen fuera de la Gran Área Metropolitana, incluyendo beneficios en acceso a terrenos y apoyo gubernamental en trámites administrativos.

B.- Incentivos a la IED y zonas de interés económico

En el marco de las zonas de interés económico, conocidas en Costa Rica como “zonas francas”, existen una serie de incentivos particulares, dada la especial condición de estas zonas y de sus objetivos de frente a la atracción de inversión extranjera.

i.- ¿Qué es el régimen de zonas francas?

El régimen de zonas francas es un instrumento de política económica-comercial, creado por el Estado con la aspiración manifiesta de atraer al país la inversión extranjera directa, así como para promover las exportaciones, en aras de lograr un mayor crecimiento de la economía nacional y de acrecentar el nivel de vida de los habitantes de la República.

El régimen de zonas francas ha demostrado ser un instrumento importante para la competitividad del país, convirtiéndose en una herramienta para atraer inversión, generar empleo, incentivar la diversificación, la transferencia de tecnología y el fomento de encadenamientos productivos. Puede afirmarse que, a partir de la reforma operada a través de la ley n° 10234 del 2022, el RZF es un instrumento que se orienta en potenciar estas inversiones en las regiones ubicadas fuera de la GAM.

Tal régimen se encuentra regulado en la Ley del Régimen de Zonas Francas, Ley n° 7210 del 23 de noviembre de 1990 y, básicamente, se entiende por “zona franca” el lugar autorizado por el Poder Ejecutivo, dentro de los parámetros establecidos por la ley de cita, donde se establecen una o un grupo de empresas beneficiadas con dicho régimen, el cual está constituido por el conjunto de incentivos y estímulos que el Estado otorga a las empresas que inviertan en el país, a través de activos fijos, infraestructura y capital humano, en el tanto cumplan los requisitos y obligaciones establecidos en la Ley n° 7210 del 23 de noviembre de 1990 y su Reglamento.

En criterio del suscrito, el concepto de “zona franca” se refiere:

- El régimen de estímulos que al efecto otorga el Estado a las empresas que adquieren el estatus de empresa beneficiaria del régimen y que precisamente por ello, se encuentran bajo una relación de sujeción especial con la Administración

Pública

- Así como al ámbito territorial en el cual se hallan instaladas tales empresas beneficiarias del régimen de fomento, indistintamente de si están o no dentro de un parque industrial de zona franca.

No obstante, para que el administrado pueda gozar efectivamente de los estímulos otorgados por la conducta administrativa de fomento, se requiere de un acto de concreción de la norma, a través del cual, el Poder Ejecutivo en sentido estricto, esto es, el Presidente de la República en conjunto con el Ministro de Comercio exterior, valora y constata que el particular haya adecuado su conducta a las vías propuestas por la Administración y que, para el caso concreto, se hallan previamente establecidas en la norma jurídica.

Precisamente, la Sala Constitucional ha entendido al régimen de zonas francas como una conducta de fomento del Estado y, al respecto, ha afirmado que “(...) *la Sala entiende que esta lectura de las normas resulta más acorde con todas las finalidades involucradas, es decir, en cuanto equilibra el estímulo para la atracción de inversiones que ha buscado el país mediante el mecanismo de zona franca y su régimen de exención...*”. (Sentencia n° 7688-2015 del 27 de mayo del 2015).

Consecuentemente, la persona, sea física o jurídica, podrá hacer efectivo el disfrute de los beneficios del régimen de fomento, una vez que haya sido emitido un acuerdo por parte del Poder Ejecutivo -denominado para todo efecto como acuerdo de otorgamiento- a través del cual, el Estado no solo autoriza la instalación del beneficiario dentro de la demarcación territorial definida para ese fin, sino que además le otorga al administrado, formal y sustantivamente, el estatus de sujeción especial respecto de la Administración, con todos los derechos y deberes que ello apareja.

Actualmente, es posible identificar una evolución de las actividades económicas que se desarrollan al amparo de dicho régimen, dándose una clara transición de procesos sencillos de manufactura a las actividades enfocadas en la prestación de servicios y en industrias con procesos más sofisticados y con alto valor agregado, como la industria médica, o bien la prestación de servicios de logística integral.

ii.- Principales incentivos en el RZF

El Artículo 20 de la Ley del Régimen de Zonas Francas establece una serie de incentivos fiscales para las empresas acogidas a este régimen. Entre ellos, se incluyen:

- **Exenciones en importaciones:** Las empresas pueden importar sin pagar tributos ni derechos consulares sobre materia prima, productos elaborados o semielaborados, componentes, materiales de empaque y maquinaria necesaria para su operación. También se exonera del pago de tributos a los combustibles, aceites y lubricantes requeridos, siempre que no se produzcan en el país con la calidad, cantidad y oportunidad necesarias.
- **Exoneraciones en exportaciones:** Exención de tributos asociados con la exportación o reexportación de productos, incluyendo maquinaria y equipos ingresados bajo este régimen.
- **Beneficios tributarios generales:**
 - Exención del impuesto sobre el **capital y activo neto**, impuesto **sobre bienes inmuebles** y el impuesto de **traspaso** de bienes inmuebles por diez años.
 - Exención del impuesto sobre las **remesas** al extranjero.
 - Exención de tributos a las **utilidades** y otros impuestos basados en las ganan-

cias brutas o netas. En la Gran Área Metropolitana (GAM), la exención es del 100% por ocho años y del 50% por cuatro años adicionales. Fuera de la GAM, la exención es del 100% por doce años y del 50% por seis años adicionales.

- Exención del pago de tributos y patentes **municipales** por diez años, aunque las empresas deben pagar los servicios municipales que utilicen, con tarifas que pueden ser el doble de las establecidas.
- Las empresas bajo el régimen de zona franca están exentas del **impuesto al valor agregado** (IVA) sobre la compra de bienes y servicios que requieran para sus operaciones. Esto les permite adquirir insumos sin el costo adicional de este tributo, favoreciendo su competitividad en el mercado.
- **Facilidades cambiarias:** Se permite la libre tenencia y manejo de divisas en sus transacciones internacionales y entre empresas del régimen. Se exceptúa a estas empresas de la aplicación del reglamento cambiario.
- **Bonificación por desarrollo regional:** Las empresas ubicadas en zonas de menor desarrollo relativo pueden recibir una bonificación del 10% de la suma pagada en salarios durante el año anterior, una vez deducidas las cargas sociales.

Estos incentivos buscan fomentar la inversión, la generación de empleo y el desarrollo económico en Costa Rica.

Bajo este contexto, puede concluirse que la Ley del Régimen de Zonas Francas está constituida, principalmente, por una serie de estímulos de carácter económico a la actividad de los particulares, sin perjuicio de la existencia de estímulos de carácter jurídico, como la asistencia para entrenamiento de las empresas con el INA (art. 21 de la ley

7210), que tienen incidencia sobre las situaciones jurídicas sustanciales de las empresas beneficiarias del régimen y de sus empleados, todo ello en procura de alcanzar la satisfacción de los intereses públicos encomendados a la Administración Pública.

iii.- Implicaciones de las más recientes reformas al régimen de zonas francas

La Ley N° 10234, promulgada el 4 de mayo de 2022, buscó descentralizar la inversión extranjera y fortalecer el desarrollo fuera de la Gran Área Metropolitana (GAM). Esta reforma al Régimen de Zonas Francas introdujo incentivos para atraer nuevas empresas, generar empleo y dinamizar la economía en regiones con menor índice de desarrollo.

Principales cambios que implicó para el RZF:

- **Nuevos sectores beneficiarios:** Se amplían las actividades elegibles, incluyendo la industria alimentaria, centros de salud especializados, actividades recreativas sostenibles e investigación científica.
- **Encadenamientos productivos:** Se crean nuevas categorías empresariales, como proveedores de insumos agrícolas y parques sostenibles de aventura, impulsando el empleo local y el turismo.
- **Reducción de inversión mínima:** Se flexibilizan los montos de inversión inicial para empresas fuera de la GAM, pasando de \$500,000 a \$200,000, facilitando la instalación de nuevos proyectos.
- **Inversión en infraestructura y capital humano:** Se permite que parte de la inversión inicial se destine a mejoras comunitarias, como centros educativos, servicios básicos y formación laboral, promoviendo un impacto social positivo.
- **Agilización de trámites:** Se fortalece la Ventanilla Única de Inversión (VUI) para reducir tiempos en la apertura y operación de empresas fuera de la GAM.
- **Energía renovable:** Se autoriza a las empresas administradoras de parques industriales fuera de la GAM a generar su pro-

pia energía renovable.

Con estos cambios, la reforma buscó convertir las zonas francas en motores de desarrollo regional, facilitando la inversión y mejorando la competitividad territorial. A partir de esta última reforma, se creó un esquema de incentivos de nueva generación para atraer sectores con alto potencial fuera de la GAM, tales como industria alimentaria, empresas proveedoras de insumos, centros de salud especializados, actividades recreativas y de aventura sostenibles, y actividades comerciales de conservación o investigación científica que respeta el medio ambiente.

Asimismo, puede mencionarse la reciente reforma a la Ley de Régimen de Zonas Francas en el 2024, que introdujo incentivos para atraer inversiones en la industria filmica, audiovisual y discográfica fuera de la Gran Área Metropolitana (GAM) mediante ley n° 10559. Esta modificación amplía el alcance de la ley n° 10234, que buscó fortalecer la competitividad territorial, e incorporó nuevas disposiciones al régimen de zonas francas.

A partir de esta ley, en resumen, se dieron algunos cambios:

- **Inclusión de la industria fílmica y musical en el régimen de zonas francas:** Se reconoce a empresas de producción audiovisual, animación digital, videojuegos, grabación musical y posproducción como beneficiarias del régimen, siempre que se establezcan fuera de la GAM.
- **Exigencia de inversión mínima:** Para acogerse al régimen, estas empresas deben realizar una inversión inicial en activos fijos de al menos \$100,000 USD y, en caso de operar fuera de un parque industrial, la inversión debe ser de \$250,000 USD.
- **Beneficios fiscales:** Se les aplicarán las exenciones del impuesto sobre la renta sin depender de exportaciones y podrán vender en el mercado local con los tributos al consumo correspondientes.

Esta reforma buscó descentralizar la inversión extranjera directa en el sector cultural y del entretenimiento, generando empleo y desarrollo económico en zonas fuera del centro del país.

4.- Zonas de interés económico: El régimen de zonas francas y su impacto en la soberanía

Las zonas francas han sido implementadas como un mecanismo para atraer inversión extranjera, fomentar el comercio internacional y dinamizar la economía mediante incentivos fiscales y aduaneros.

Sin embargo, su existencia plantea interrogantes sobre el alcance de la soberanía económica y fiscal del Estado, especialmente en lo relativo a la potestad tributaria y la regulación del comercio exterior. En este contexto, resulta clave analizar en qué medida el régimen de zonas francas implica una verdadera extraterritorialidad aduanera y fiscal, o si, por el contrario, se trata de un modelo basado en exoneraciones que responden a una política de desarrollo económico dentro del marco jurídico nacional.

A.- El área de zonas francas: Zona aduanera primera y "extraterritorialidad"

El área donde se ubica una empresa de zona francas, para efectos fiscales, es considerado como zona primaria aduanera (artículo 13 de la ley n.º 7210), es decir, un área donde se prestan servicios, controles u operaciones aduaneras y se diferencia entre la zona y el resto del "territorio aduanero nacional". En ese sentido, la zona franca es un régimen aduanero "liberatorio del pago de tributos aduaneros", según la clasificación del artículo 110 de la Ley General de Aduanas y en los términos de la delimitación prevista en el numeral 175 de la misma ley.

Por ello mismo, a las empresas del RZF se les otorga la condición de Auxiliar de la Función Pública Aduanera, ante la Dirección General de Aduanas.

Tradicionalmente, el régimen de zona franca se distingue por una suerte de "extraterritorialidad" aduanera, que permite que las mercancías ingresadas a la zona franca queden exentas de la aplicación de la legislación común, en particular en lo relativo a obligaciones tributarias. En este contexto, la "extraterritorialidad" implica que, dentro de una parte del territorio aduanero, pueden ingresar bienes provenientes del extranjero sin el pago de los derechos correspondientes, y su posterior salida hacia el exterior goza de beneficios similares, aun cuando la exportación desde el territorio aduanero nacional deba, en principio, cumplir con los tributos respectivos. Dado que el ingreso de mercancías a la zona no está sujeto a derechos ni tributos de importación, se entiende que dichos bienes no forman parte del territorio aduanero nacional.

En el caso de Costa Rica, podría afirmarse que esta ficción jurídica de "extraterritorialidad" se evidencia únicamente en la regulación del comercio entre empresas ubicadas en zona franca y aquellas establecidas dentro del territorio aduanero nacional. También, podría sostenerse que la introducción de mercancías extranjeras a la zona y su posterior exportación sin el pago de tributos no es una auténtica "extraterritorialidad", pues en el ordenamiento costarricense lo que opera es una exoneración de los tributos aplicables a dichas transacciones y a la actividad de la empresa. La existencia de una exoneración presupone que la obligación tributaria ha surgido previamente, lo que no ocurre en un régimen de extraterritorialidad propiamente dicho.

Por ello, más que una extraterritorialidad aduanera y fiscal, en Costa Rica rige un régimen fiscal preferencial basado en la concesión de exoneraciones tributarias. La ficción de extraterritorialidad queda así reducida a los supuestos de comercio entre la zona franca y las empresas ubicadas en el resto del país.

Para que pudiera hablarse de extraterritorialidad, sería necesario que la ley estableciera expresamente que las mercancías ingresadas en la zona franca no generan obligación tributaria alguna, lo que haría innecesario otorgar exenciones fiscales. Conforme a los principios de legalidad tributaria y reserva de ley -arts. 121.13 constitucional y 5 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios- una disposición de esta naturaleza debe tener rango legal o superior.

B.- Implicaciones respecto de la soberanía estatal

Desde una perspectiva jurídica, la soberanía estatal sobre las zonas francas se mantiene intacta; el artículo 14 de la Ley del Régimen de Zonas Francas establece claramente que:

"Los administradores de los parques y las empresas amparadas por el Régimen de Zona Franca proveerán a la Dirección General de Aduanas las facilidades y asistencia requeridas, por esta, para el cumplimiento de sus responsabilidades, relativas a la fiscalización e inspección de los materiales y mercaderías que entren y salgan de las Zonas Francas.

Igualmente, esos administradores suministrarán al Ministerio de Comercio Exterior y a PROCOMER las facilidades y la asistencia que estas entidades requieran para ejercer sus funciones relativas a las empresas beneficiarias del Régimen de Zonas Francas."

Si bien las zonas francas se configuran como áreas con un régimen fiscal y aduanero especial, no conllevan una pérdida de soberanía. Se trata de espacios bajo jurisdicción estatal en los que, aunque las mercancías ingresan sin el pago de tributos ordinarios, las autoridades nacionales conservan su capacidad de regulación, supervisión y fiscalización.

A nivel internacional, distintos países han desarrollado estrategias para atraer inversión extranjera sin comprometer su soberanía:

- **Estados Unidos y la protección de in-**

dustrias estratégicas: Esto, a partir de la imposición de restricciones a la inversión extranjera en sectores sensibles como defensa y telecomunicaciones.

Precisamente, el Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)³ revisa y puede bloquear inversiones extranjeras que representen un riesgo para la seguridad nacional. Un caso emblemático fue la prohibición de la compra de Qualcomm por parte de Broadcom en 2018 por riesgos de seguridad nacional⁴.

Además, en sectores como telecomunicaciones, defensa y tecnología, la inversión extranjera está altamente regulada.

- **Unión Europea (UE) y regulación ambiental:** Exigencia a las empresas extranjeras de cumplir con estrictos estándares ambientales y laborales.

La UE exige a todas las empresas extranjeras que operan en su territorio cumplir con el Pacto Verde Europeo⁵, el cual busca reducir las emisiones de carbono y alcanzar la neutralidad climática en el 2050; asimismo, regulaciones como el Reglamento de Taxonomía de Finanzas Sostenibles. Por ejemplo, en el 2023, la UE implementó el Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM)⁶, que impone aranceles a bienes importados que no cumplan con estándares de emisiones.

Esto obliga a empresas extranjeras a adaptar sus procesos si desean acceso al mercado europeo.

3 <https://www.usa.gov/agencies/committee-on-foreign-investment-in-the-united-states#:~:text=The%20Committee%20on%20Foreign%20Investment,business%20by%20a%20foreign%20person.>

4 Leiter, Michael et al. (2018). Foro de la Facultad de Derecho de Harvard sobre gobernanza corporativa. Harvard College. USA. https://corpgov-law.harvard.edu.translate.googleusercontent.com/2018/04/03/broadcoms-blocked-acquisition-of-qualcomm/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=es&x_tr_hl=es&x_tr_pto=tc

5 Consejo de la Unión Europea. (2019). Pacto Verde Europeo. Unión Europea. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-green-deal/>

6 Parlamento Europeo. (2023). Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM). Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023R0956#d1e32-90-1>

- **China y su modelo de inversión extranjera controlada:** Apertura a la inversión con regulaciones estatales estrictas para proteger el interés nacional.

Por ejemplo, China tiene una Lista Negativa de Inversión Extranjera⁷, que establece sectores donde la inversión extranjera está restringida o prohibida. Por ejemplo, las empresas extranjeras no pueden tener propiedad mayoritaria en sectores estratégicos como telecomunicaciones o inteligencia artificial. Además, China tiene una lista negativa nacional, que se aplica a todo el país y una lista de zonas de libre comercio, que son homologas a las zonas francas de Costa Rica, cuya característica es una política económica más abierta.

Costa Rica puede aprovechar estas experiencias para fortalecer su marco regulatorio, asegurando un equilibrio entre atracción de inversión y resguardo de su soberanía.

C.- ¿Pueden estas zonas afectar la potestad regulatoria del Estado?

Las zonas francas operan bajo un régimen aduanero especial que implica la aplicación de normativas diferenciadas en ciertas operaciones. Sin embargo, esto no significa que las empresas amparadas bajo este régimen queden excluidas del ordenamiento jurídico costarricense o que el Estado pierda su potestad regulatoria sobre ellas.

El marco legal costarricense establece que las zonas francas continúan sujetas a la fiscalización y potestad sancionatoria del Estado. El artículo 32 de la Ley del Régimen de Zonas Francas confirma esta facultad al disponer que:

“El Ministerio de Comercio Exterior podrá imponer una multa hasta de trescientas veces el salario base, de acuerdo con la definición del artículo 2 de la Ley No. 7337, de 5 de mayo de

1993; podrá suprimir, por un plazo desde un mes hasta un año, uno o varios incentivos de los indicados en el artículo 20 de esta ley, o podrá revocar el Régimen de Zonas Francas sin responsabilidad para el Estado, a las empresas beneficiarias que incurran en alguna de las siguientes infracciones...”

Dicho régimen no exime a las empresas del cumplimiento de la normativa nacional en ámbitos como el laboral, urbanístico, ambiental y tributario. Si bien existen disposiciones específicas para incentivar la inversión, ello no implica una autonomía absoluta de estas zonas respecto del Derecho interno.

El Ministerio de Hacienda, mediante la Dirección General de Tributación y la Dirección General de Aduanas, ejerce la fiscalización de los incentivos tributarios y el control aduanero de las empresas en zona franca. De acuerdo con el artículo 66 de la Ley General de la Administración Pública, el Estado conserva su “poder-deber” de vigilancia, garantizando así que las exoneraciones y beneficios fiscales sean aplicados de manera adecuada y conforme al interés público.

Además, tanto la Promotora del Comercio Exterior, como el Ministerio de Comercio Exterior, mantienen su potestad de vigilancia y sancionatoria en relación con las obligaciones asumidas por las empresas bajo el régimen de zonas francas.

En conclusión, la existencia de un régimen diferenciado en materia aduanera y fiscal no implica una pérdida de la potestad regulatoria. El Estado mantiene mecanismos de control y sanción que aseguran que las empresas en zonas francas operen dentro del marco normativo nacional.

5.- Conclusiones

A lo largo de los años, Costa Rica ha logrado consolidarse como un destino atractivo para la inversión extranjera directa, gracias a un marco normativo que equilibra incentivos económicos con el desarrollo social. El régimen de zonas francas ha permitido incre-

⁷ CW CPA. (2024). <https://www.cwhkcpa.com/china-promulgo-la-lista-negativa-2024-para-el-acceso-de-la-inversion-extranjera-a-nivel-nacional/?lang=es>

mentar la disponibilidad de divisas, fortalecer las exportaciones, fomentar el empleo y facilitar la transferencia de tecnología, posicionando al país en el escenario internacional como un punto de conexión clave de competitividad y progreso.

No obstante, el desafío radica en evolucionar este modelo hacia uno más sostenible y alineado con las nuevas tendencias globales. Hoy, las economías más dinámicas están integrando estrategias de inversión en sectores de alto valor agregado, como la producción de chips, los centros de almacenamiento de datos y la energía renovable, en especial el hidrógeno verde. Costa Rica, con su compromiso ambiental y su reconocida estabilidad jurídica, tiene la oportunidad de liderar esta transformación, orientando su régimen de zonas francas hacia industrias que no solo generen empleo y crecimiento económico, sino que también aporten a la innovación y la sostenibilidad.

El futuro del desarrollo económico del país dependerá de su capacidad para atraer inversiones estratégicas sin comprometer su soberanía, diseñando un modelo que proteja los intereses nacionales mientras ofrece un entorno competitivo y moderno para los inversionistas. La clave estará en fortalecer la regulación, garantizar que los beneficios de estos regímenes lleguen a toda la sociedad y preparar a la fuerza laboral costarricense para los retos de una economía basada en el conocimiento y la tecnología.

En este camino, Costa Rica tiene la posibilidad no solo de mantenerse como un destino atractivo para la inversión extranjera, sino de convertirse en un referente mundial en la integración de la sostenibilidad y la tecnología en sus políticas de desarrollo económico.

Bibliografía

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la República de

Costa Rica. Sinalevi. http://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. (1990). Ley del Régimen de Zonas Francas. Sinalevi. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=11593

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. Ley General de Aduanas. Sinalevi. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=25886

CONSEJO DE LA UNION EUROPEA. (2019). Pacto Verde Europeo. Unión Europea. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/european-green-deal/>

CW CPA. (2024). <https://www.cwhkcpa.com/china-promulgo-la-lista-negativa-2024-para-el-acceso-de-la-inversion-extranjera-a-nivel-nacional/?lang=es>

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.. (1985). La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, tercera edición, Madrid.

GARRIDO FALLA, F.. (1989). Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, undécima edición, editorial Tecnos, Madrid.

GONZÁLEZ CAMACHO, Ó., et al. (2006). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. En obra en conjunto "El nuevo Proceso Contencioso Administrativo". Poder Judicial, Escuela Judicial, San José.

JÉZE, G. (2000). Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores. Editorial Jurídica Universitaria, volumen 2, México.

JINESTA LOBO, E.. (2023). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Editorial Investigaciones Jurídicas.

JORDANA DE POZAS, L.. (1961). Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho Administrativo, en sus Estudios de Administración Local y General, Madrid.

LEITER, MICHAEL ET AL. (2018). Foro de la Facultad de Derecho de Harvard sobre gobernanza corporativa. Harvard College. USA. https://corpgov-law-harvard-edu.translate.goog/2018/04/03/broadcoms-blocked-acquisition-of-qualcomm/?x_tr_sl=en&x_tr_tl=es&x_tr_hl=es&x_tr_pto=tc

PARADA VÁZQUEZ, R. (1997). Derecho Administrativo I, Parte General, novena edición, Madrid, editorial Marcial Pons.

PARLAMENTO EUROPEO. (2023). Mecanismo de Ajuste en Frontera por Carbono (CBAM). Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023R0956#d1e32-90-1>

SAINZ MORENO, F. (1976). Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad. Editorial Civitas, Madrid.

UN NUEVO ITINERARIO AL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA ESTATAL. DESAFÍOS ACTUALES EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE INVERSIÓN. LA INICIATIVA PRIVADA Y SUS MATICES.

A NEW ROADWAY TO THE DEVELOPMENT OF STATE INFRASTRUCTURE. CURRENT CHALLENGES IN THE EXECUTION OF INVESTMENT PROJECTS. PRIVATE INITIATIVE AND ITS NUANCES.

JAVIER PARQUET VILLAGRA

- Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción (UNA).
- Master en Leyes de la Universidad de Harvard.
- Profesor adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UNA hace más de 20 años.
- Socio del Estudio Jurídico Parquet & Asociados.
- Arbitro titular del Tribunal Permanente del Mercosur (TPR) en representación del Paraguay.
- Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA).



FIDA
FONDO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO

ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

FIDA 2025

**XXIV CONGRESO
IBEROAMERICANO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
LA REGULACIÓN EN IBEROAMÉRICA**



UN NUEVO ITINERARIO AL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA ESTATAL. DESAFÍOS ACTUALES EN LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE INVERSIÓN. LA INICIATIVA PRIVADA Y SUS MATICES.

A NEW ROADWAY TO THE DEVELOPMENT OF STATE INFRASTRUCTURE. CURRENT CHALLENGES IN THE EXECUTION OF INVESTMENT PROJECTS. PRIVATE INITIATIVE AND ITS NUANCES.

RESUMEN

El artículo expone los principales desafíos del Paraguay en el desarrollo de infraestructura pública, marcado por un déficit significativo y una limitada capacidad presupuestaria estatal. Ante la ineficiencia del modelo tradicional de contratación, se analizan las APP y los contratos Llave en Mano como alternativas para integrar financiamiento privado, optimizar la distribución de riesgos e impulsar proyectos estratégicos. Se destacan sus ventajas, riesgos y experiencias recientes, así como la necesidad de fortalecer la capacidad institucional, mejorar la planificación y adoptar criterios de sostenibilidad.

ABSTRACT

The article outlines Paraguay's main challenges in public infrastructure, defined by a significant deficit and limited fiscal capacity. Given the shortcomings of traditional procurement, it examines PPPs and Turnkey Contracts as alternatives to incorporate private financing, improve risk allocation, and advance strategic projects. Their advantages, risks, and recent national experiences are discussed, along with the need to strengthen institutional capacity, enhance planning,

and adopt sustainability criteria.

SUMARIO

I. Introducción. II. El Estado en revisión. III. Panorama general de la inversión pública paraguaya en infraestructura. IV. Las alianzas público privadas. V. Contratos "Llave en Mano" o "Turnkey Contracts" VI. ¿Una visión holística? VII. La infraestructura con enfoque de sostenibilidad. VIII. Comentarios finales

Introducción

Los institutos y las herramientas que concibe el Derecho para sostener las demandas de la sociedad mercantil y contener las exigencias del ciudadano, tienen el efecto de provocar cambios y transformaciones en la organización del Estado y su Administración. Estado y Derecho, Derecho y Estado se predicán de modo inseparable, y se desarrollan en forma dinámica para conformar su identidad temporal.

La sociedad contemporánea vive en la "vacilación" de las nuevas definiciones del Esta-

do y de la formulación de nuevas certezas.¹ La lógica de los antecedentes no permite que el hombre y sus instituciones pierdan su historicidad. No nos encontramos ni ante el fin del hombre, ni ante el fin de la historia. Nuestra época reclama una nueva organización y otra redistribución política y económica que permitan la construcción de renovadas instancias de convivencia por las cuales se reedifiquen los cánones y los códigos que informan a la sociedad.

Los cambios generados por fenómenos actuales² han evidenciado la imposibilidad del Estado para hacer frente a sus necesidades. Todo proceso fiable de reforma estatal contiene como uno de sus compromisos programáticos inexcusables la revisión integral de su gestión administrativa. *“La Administración depende de la concepción que tengamos del Estado, su reflejo, el argumento que le dará sentido definitivo y último a su organización, porque ésta depende siempre de un programa político, no es una simple objetivación abstracta e impersonal”*.³

La actividad administrativa, como función del Estado, exige, por su dinamismo y amplio espectro de acción, la tarea permanente de indagar y explorar las mejores y más eficientes modalidades de gestión. Tal prospección hace a su esencia.

En términos prácticos, lo que la sociedad en su conjunto aspira no es otra cosa que mayor eficiencia en las prestaciones públicas, satisfacción de las necesidades colectivas e inmediatez en la solución de los problemas del ciudadano.⁴

1 En ese sentido, véase claro siguiente obra de Rotberg, Robert I. (2004). *When States Fail. Causes and Consequences*, Princeton - New Jersey, Princeton University Press.

2 Algunos de ellos causados por factores externos y recurrentes en los distintos países, tales como la globalización, y otros causados por factores propios de la idiosincrasia paraguaya.

3 Frallicciardi, B. (2012). *Teoría de la organización y Administración Pública*. Cathedra Jurídica, 2012. Pg. 17.

4 En términos más amplios y abstractos “el bien común”. *El poder político, atributo esencial de la comunidad política, es la capacidad del Estado, concebida como medio, para conseguir su meta: el bien común*. La transformación de la política. Barcelona, Península, Ayuntamiento de Bilbao, 2002. P.122.

A fin de hacer frente a estas transformaciones, el Estado paraguayo requiere una profunda revisión de su gestión y organización administrativa, y consecuentemente a ello, reformular sus funciones y estructura en atención a las necesidades y requerimientos presentes. Ese examen apuntará a reprocesar los objetivos y metas estatales e institucionales, corroborar si la estructura orgánico-funcional de sus organismos contribuye o no a lograr su misión pública, y finalmente proponer las adecuaciones o recapitulaciones que las circunstancias demanden para alcanzar tales fines y lograr mayor eficiencia en las prestaciones administrativas del Estado.

Una característica que distingue al Derecho Administrativo dentro de las Ciencias Jurídicas es su constante mutación, como consecuencia de su inmediatez e interacción respecto de los administrados, que obedece a la imperatividad para la Administración de la satisfacción de las necesidades temporales de la sociedad.⁵

Junto a otros tantos cuestionamientos y reflexiones, el ciudadano se plantea igualmente si su entorno material y la infraestructura pública que sostiene sus actividades, satisface sus requerimientos mínimos o contribuyen a su bienestar. La importancia del cuestionamiento, no es menor. Constituye el catalizador e impulsor de las reformas orientadas a la prospección de los medios adecuados e instrumentos funcionales idóneos para desarrollar el modelo de infraestructura básica que atienda y soporte sus actividades. El Estado es el responsable de modular con eficiencia el espacio físico circundante donde el Administrado habrá de desenvolverse, en sus necesidades ineludibles y exigencias materiales. *“La concepción del Estado de Bienestar comienza a entrar en crisis, derivada no tanto en un cambio del orden de aspiracio-*

5 Clavero Arévalo indica que el Derecho administrativo es cambiante porque lo es la sociedad, y para que sus enseñanzas mantengan su utilidad “es necesario ver al Derecho administrativo no sólo como un conjunto de leyes y normas, sino como un conjunto de instituciones y principios que tienen una propia naturaleza jurídica, que por vivir en el tiempo tienen su historia y que por vivir en el espacio pueden y deben ser comparados con los de los otros países...”. Clavero Arévalo, M. (2003). *Las transformaciones del Derecho Administrativo en España tras veinticinco años de Constitución*, Madrid, INAP, p. 14.

nes sociales sino de una reevaluación de las posibilidades reales del Estado para satisfacerlas y los nuevos desafíos del mundo contemporáneo".⁶

El Banco Interamericano de Desarrollo ("BID") también ha manifestado que la infraestructura es un pilar esencial para la sociedad moderna y que *"su adecuada dotación y administración posibilitan el desarrollo económico, generan crecimiento, aumenta la competitividad y la productividad, y con ello la inserción de las economías en el mundo. Además, ayuda a la cohesión territorial y permite mejorar la calidad de vida y la inclusión social."*⁷

La sugerencia de articular ajustes a los criterios de la Administración, y sus herramientas de faena, es innata a su gestión. Ella propende naturalmente a la permanente búsqueda de alternativas practicables de gestión para satisfacer ambiciosos y fluctuantes requerimientos, entre los que se encuentra el desarrollo de la infraestructura pública.

El Estado en revisión

El Estado al servicio del ciudadano y sus instituciones se halla en permanente evolución. Sus mismas finalidades lo conminan a renovarse.

La concepción del Estado, en su organización y funcionalidad se encuentra en revisión. El Estado y la ciencia política, sin dudas, jamás han dejado de estar en crisis, mejor, nunca han dejado de transformarse, y toda transformación implica siempre su crisis; es decir, una descomposición y reconstitución de elementos, expresaba Posadas.

6 Gordillo, A. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. P. III-52.

7 Serebrisky, T. (2014). Infraestructura sostenible para la competitividad y el crecimiento inclusivo (BID). Visitado el 10 de julio de 2017, de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6398/Infraestructura%20sostenible%20para%20a%20competitividad%20y%20el%20crecimiento%20inclusivo%20%20Estrategia%20de%20Infraestructura%20del%20BID.pdf> – pág. 22.

La dinámica que imprimen la modernidad y sus variables cotidianas exigen la permanente adaptación, criteriosa y eficiente del sistema estatal a tales caprichosos condicionantes. Pensar y repensar el Estado, entre todos, con serenidad y sin prejuicios.

Nuestra época reclama una nueva organización y otra redistribución política y económica que permitan la construcción de renovadas instancias de convivencia por las cuales se reedifiquen los cánones y códigos que informan a la sociedad.

La revisión no puede evadir el examen de sus reformas financieras, que conduzcan a la concepción de nuevas fórmulas y alternativas programáticas que faciliten la percepción, gestión y erogación de los recursos necesarios para contener al Estado, en términos generales. En términos restringidos y particulares, la búsqueda y articulación de modalidades funcionales y herramientas legales que permitan el desarrollo de la infraestructura pública hasta acceder a los umbrales que exigen las circunstancias, con adaptación a las actuales tendencias mundiales de gestión y eficiencia.

Paraguay convive con un considerable retraso en el desarrollo de su logística vial, conectividad doméstica, e infraestructura pública, imprescindibles para acompañar el pujante progreso de activos sectores de su economía. Sorprende a propios y extraños que el país se sitúe y ubique estadísticamente en el mundo como octavo exportador de carne, como también, primero de energía limpia, segundo de stevia, tercero de yerba mate, cuarto de soja y sexto de aceite de soja, sumado al hecho de contar con la tercera flota fluvial del planeta, y aun así, demande aún enormes proporciones de carreteras y otras vías de transporte, conforme a los índices mínimos requeridos con base en los parámetros de la región y el mundo.

El desarrollo de la infraestructura pública del país se ha sostenido tradicionalmente en los esquemas convencionales de contratación de bienes y servicios: entre tales, los contratos de obra pública y de Concesión. Destacan los programas con recursos propios o fondeo

externo canalizados a través de rígidos esquemas de adquisición para la adjudicación de obras y servicios públicos.

Las características del modelo clásico de adquisiciones públicas paraguayas pueden resumirse así:

1. El Estado paga el costo de la obra pública con los recursos provenientes de tributos o del crédito público que, a su vez, puede tener distintas fuentes de financiación.
2. Se confeccionan y articulan rígidos pliegos de bases y condiciones, a los que debe ajustarse el proveedor, sin el más mínimo resquicio de negociabilidad o concertación.
3. Las adjudicaciones recaen en los precios más bajos y no en las ofertas más convenientes.
4. Los esquemas de solución de controversia se basan más bien en medios de impugnación al ejercicio irregular del poder público.
5. El pago de la obra se realiza a medida que ella avanza de modo que el contratista financia solo una pequeña porción del total.
6. El pago efectivo de los compromisos estatales se halla subordinado a la liquidez del Estado o el flujo de caja de las entidades contratantes, con recursos propios.

La eficiencia de los procesos de contratación clásica referidos, para el desarrollo de la obra pública y el de la concesión, han sufrido una erosión natural y el descrédito por diversos factores, a saber:

1. Las carencias presupuestarias y la insuficiencia de los recursos corrientes para financiar las infraes-

tructuras.

2. Las restricciones para acceder al crédito público.
3. El crecimiento relativo y la diversificación de las obras de infraestructura y las nuevas necesidades tecnológicas que se plantean en algunos sectores.
4. El hecho de que muchas de las inversiones de los proyectos de infraestructura integran o componen con la inclusión o explotación de los llamados “bienes públicos” cuyo uso y aprovechamiento se halla subordinado a regulación especial y condicionamientos especiales por su naturaleza.
5. La incapacidad institucional para promover, sustanciar, concretar y vigilar los procesos de contrataciones con eficiencia, traducéndose en deficiencias estructurales y limitaciones.
6. Falta de racionalidad, transparencia, eficacia, certidumbre jurídica y transgresión a los principios de la igualdad y objetividad de la Administración.
7. Deficiencias prestacionales.
8. “Cartelización” de la oferta.
9. Las demoras provenientes del sistema burocrático de la administración de los contratos, y deficiencias de los sistemas y programas de control.
10. Los niveles de corrupción que existen en el Estado y en la sociedad misma que proyecta sus efectos al costo del sistema.

11. Deficientes resultados en los procesos de resolución de conflictos.

Estas condiciones han derivado, como lógica consecuencia, a la tenaz e imprecisa exploración de alternativas para el financiamiento y ejecución de las obras e infraestructura públicas. Nos referimos específicamente a las nuevas instituciones del Derecho Público que promueven, estimulan y articulan la participación del capital privado en los proyectos de infraestructura, que, en su origen, han sido sufragados y desarrollados en su totalidad, mediante los recursos financieros genuinos y extraordinarios del Estado. Se incubó un novedoso e interactivo vínculo entre el Estado y la iniciativa privada, asociando las virtudes y fortalezas del Estado soberano, al dinamismo, experiencia y creatividad de los operadores civiles. La instalación de un “*ius novum*” sustentado en la necesidad de acoger la participación privada como instrumento ineludible para promover el crecimiento económico, plantea un escenario con parámetros de comportamiento y gestión revolucionarios, donde prevalecen la creatividad jurídica, la innovación y la concertación, por encima de imposición irrestricta de normas invariables e intransigentes, predeterminadas en los mecanismos tradicionales de contratación de obras y servicios públicos.

En proficua producción legislativa el Estado ha promulgado moderna legislación regulatoria a la inversión privada en infraestructura pública, conforme a una rica experiencia internacional en la materia, en sus diversas modalidades y alternativas.

III. Panorama general de la inversión pública paraguaya en infraestructura

Las necesidades de infraestructura son significativas en gran parte de América Latina, y el Paraguay no es una excepción. El país enfrenta un “déficit de infraestructura” en crecimiento, encontrándose en una escala comparativa a la región, entre los menos desarrollados del área. En los últimos años la Administración ha enfocado

sus esfuerzos y destinado considerables recursos a la inversión en obras públicas, a los efectos de hacer frente a las carencias del sector.

A Paraguay le ha costado mantenerse a la altura de sus necesidades de infraestructura, tanto en términos de cantidad como de calidad. Comparando el índice de inversión local con el internacional latinoamericano, el sector público nacional ha invertido poco en comparación con otros a lo largo de los años, a pesar de encontrarse entre los países menos desarrollados de la región y con finanzas públicas sólidas, alcanzando niveles relativamente bajos de deuda pública.

El déficit de infraestructura en Paraguay se estima en la suma de los US\$ 30.000 millones. En valores promedios, el Estado ha venido invirtiendo anualmente US\$ 700 millones en proyectos de infraestructura pública. Con un límite trazado de 20 años para posicionarse a los niveles de los países vecinos, se deberá invertir en el país alrededor de US\$ 1.500 millones al año para revertir el rezago que lo aleja en los rankings comparativos y parámetros de medición.

Expertos coinciden en que el Paraguay deja de percibir inversiones equivalentes a lo producido 11 veces en su mercado interno debido al déficit en infraestructura, especialmente el vial. La postración de su infraestructura acarrea notables ramificaciones negativas para sus niveles de crecimiento económico y consecuencias innegables a las condiciones de vida de sus ciudadanos. La infraestructura nueva puede incrementar la productividad de la tierra, el trabajo y el capital, para poder estimular nuevas inversiones y otros factores de producción.⁸

El modelo económico utilizado en la última década se ha basado primordialmente en el uso de la recaudación tributaria para cubrir los gastos corrientes del Presupuesto de Gastos de la Nación, utilizando la vía del endeudamiento para la captación de

capital para obras de infraestructura. En este panorama, el país se ha encontrado ante un reconocido déficit en materia presupuestaria, con recursos limitados para dar cobertura a aquellos emprendimientos necesarios e imprescindibles. Incluso con anterioridad a la pandemia del Covid-19, el Estado se ha visto obligado a utilizar el recurso de endeudamiento, para cubrir los gastos corrientes de materia presupuestaria, reduciendo sus disponibilidades para la inversión en obras. En reiteradas ocasiones, dicha limitación ha resultado en incumplimientos contractuales por parte del Estado, y consecuentes rescisiones que han impedido la concreción de planes y políticas públicas en materia de infraestructura. Como dato accesorio, tener en cuenta que actualmente el Estado mantiene una deuda de más de mil quinientos millones de dólares con sus contratistas.

Sobre la premisa insoslayable de que nuestro país requiere de una inyección económica considerable para el desarrollo de la infraestructura económica y social, el Estado se enfrenta hoy al desafío de encontrar alternativas al financiamiento de su infraestructura.

Siguiendo la coyuntura internacional, el Gobierno introdujo modificaciones a su marco normativo en búsqueda de opciones programáticas y funcionales a la planificación, financiamiento y ejecución de sus obras públicas. De esta manera, se ha dictado legislación que permite impulsar, estructurar y ejecutar obras bajo los nóveles regímenes, conocidos en doctrina como las "Alianzas público privadas" y los contratos de "Llave en mano". Esta producción regulatoria provee al Estado de herramientas jurídicas válidas y efectivas que, a emplearse como mecanismo reactivador y de soporte normativo al desarrollo de infraestructuras, brindan, en forma concurrente, garantías y certezas tanto a inversionistas en sus apetencias comerciales, como al Estado en la ejecución de sus políticas públicas de desarrollo.

Las asociaciones público-privadas (APP) tienen su origen en los resultados de la eficacia y del decisivo protagonismo del sector privado, a la hora de financiar, construir, mantener

y operar la infraestructura con la que se rinde un servicio público a la sociedad. Sin embargo, el desarrollo privado de infraestructura pública es hipersensible a la existencia real de un Estado occidental moderno, o sea, a la existencia real de un sistema republicano, una democracia representativa, una Justicia independiente y respetada y variables macroeconómicas razonables y equilibradas; en suma, lo que caracteriza a las llamadas "democracias occidentales".⁹

Ambas modalidades son respaldadas por el resultado de los proyectos que fueron ejecutados adoptando dichos modelos. Su eficiencia y eficacia a nivel local, aun no pueden ser estimadas por la escasa experiencia en la utilización de estas vías para obras de infraestructura pública. La coyuntura entre el déficit de obras públicas que restringen la inversión extranjera y el déficit fiscal presupuestario que no permite avanzar en el desarrollo de obras, se posiciona como el principal desafío para un Estado que pretende desarrollo económico sostenible.

Ante la posibilidad de adoptar estas modalidades para el estudio, planificación, ejecución y financiamiento de obras públicas provenientes de fuentes alternas al presupuesto local, las alianzas público privadas y contratos de llave en mano cuentan con un potencial aun por ser descubierto en el país.

Alianzas Publico Privadas

La interacción entre la Administración y el ciudadano y sus organizaciones, constituyen, en esencia, la base conductual condicionante de la actividad estatal. Como punto de partida, le corresponde a este asegurar, el permanente equilibrio entre las prerrogativas del Estado y los derechos y garantías del individuo. A partir de allí, se tejen y edifican múltiples relaciones y variadas formas de interacción. Estos vínculos no se limitan, en ciertas circunstancias, a una condición de mera subordinación en ejercicio del poder público, sino a una conexión contractual, ataviada del ropaje del Derecho Privado.

⁹ Crivelli, J. C. (2017). Introducción. En *Inversión privada en el sector público* (1a ed., pp. 102). Astrea.

De múltiples evidencias actuales, se advierte una nueva modalidad de relacionamiento, expresión práctica de los nuevos compromisos y exigencias de la sociedad moderna: Los contratos de asociación público privada.

Las Alianzas o Asociaciones Público-Privadas o APPs, consisten básicamente en contratos de largo plazo entre el sector privado y el sector público que permiten una mayor incidencia y participación del capital y la iniciativa privada en la concepción, articulación, desarrollo, financiamiento y explotación de proyectos de infraestructura y prestación de servicios, caracterizados por la distribución equilibrada y racional entre ambas partes de los riesgos y beneficios del emprendimiento, conforme al cometido y las aspiraciones de los participantes. Estas pueden revestir características particulares o especiales, conforme a las especificaciones del proyecto, pero en esencia, responde a esta definición amplia e inclusiva.

Bajo este vínculo, la Administración no se apea de sus cometidos públicos, ni el capital privado desvía de sus fines mercantiles. Muy por el contrario, las alianzas público privadas exitosas confirman y reafirman los objetivos y aspiraciones existenciales de las partes, complementándose estas en armonía y equilibrio.

Los modelos tradicionales de contratación pública y los esquemas concesionales clásicos, tienen, como una de sus características fundamentales, la transferencia o asignación exclusiva de los riesgos asociados al proyecto o prestación. En las nuevas formas de asociación tales cargas se distribuyen proporcionadamente, con equilibrio y justa proporción, mediante el estudio de "Matriz de Riesgo del Proyecto" propio, conforme a su diseño funcional y jurídico, mediante la asignación racional de los riesgos vinculados a la construcción, el diseño, la ingeniería, y las vicisitudes financieras, como así también los riesgos políticos, jurídicos, ambientales y los asociados a la operación y mantenimiento de las obras. La detección y determinación precisa de los riesgos referidos se identifican en la etapa de factibilidad del proyecto, momento en el cual se distribuyen o absor-

ben como compromiso estatal o como contribución del operador privado.

Las alianzas o asociaciones público – privadas se han posicionado como una de las principales modalidades de contratación y financiamiento de obras de infraestructura. Sus características particulares disyuntivas sobre el régimen tradicional de obras, la han convertido en el motivo de adopción y utilización para los países de la región. Mediante las APP, los gobiernos de diversos países han concretado significativas inversiones en obras públicas que individualmente no hubieran podido emprender, debido al déficit presupuestario y otras causales consecuentes. Paraguay no permaneció ajeno a la adopción de estos instrumentos con limitadas, pero probadas experiencias positivas.

Son diversos los conceptos que la literatura económica y jurídica ofrece sobre las APP. En esencia, estas representan un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público se suministran, operan y abastecen por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el efecto, formalizados en los denominados contratos de participación públicos – privados.

De acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD), las APP son... *"un acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir a los operadores y las entidades financieras) mediante el cual los socios privados prestan un servicio de forma tal que los objetivos de proveer dicho servicio están alineados con los objetivos de obtener ganancias de los socios privados y donde la efectividad de dicha alineación depende de la suficiente transferencia de riesgos a los socios privados."*¹⁰

Para el Fondo Monetario Internacional, representan acuerdos donde el sector privado provee obras de infraestructura y servicios

10 Asociaciones público-privadas: En busca del reparto de riesgos y el valor por dinero. OCDE Publishing, París, 2008, Pág. 17.

que tradicionalmente proveía el sector público. En adición a la ejecución privada y al financiamiento de inversión pública, se caracteriza por una transferencia significativa de riesgo al sector privado. Standard and Poor's agrega a las definiciones anteriores, la relación de mediano a largo plazo que se da entre sectores públicos y privados que envuelve la distribución de riesgos y recompensas de destrezas multisectoriales, capacidades y experiencias y financiamiento para proveer o lograr unos resultados u objetivos de política pública deseados. Con un enfoque más práctico, el Banco Europeo de Inversiones resalta que las alianzas se dan con el propósito de introducir los recursos, las capacidades y la experiencia del sector privado para ayudar a proveer obras y servicios públicos.

En el proceso de implementación de las APP, el Paraguay no ha permanecido ajeno a la experiencia internacional en la materia, y atento a la experiencia de los países vecinos, retraído fórmulas y declaraciones esenciales que han sido recogidos y adoptados para la articulación del proyecto de ley de APP. De esta manera, la regulación que instaura el régimen de APP en Paraguay fue recientemente actualizada mediante la Ley No 7452/2025, titulada "De Modernización del Régimen de Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a cargo del Estado" la cual derogó la Ley No 5102/2013. Si bien esta nueva normativa establece un marco renovado para la promoción de inversiones en infraestructura y servicios públicos, su plena operatividad depende de la emisión de su Decreto Reglamentario, que actualmente se encuentra en proceso de elaboración.

Entre las principales modificaciones introducidas, esta nueva normativa amplía el límite de compromisos fiscales, elevando el compromiso financiero asumido del 2% al 4% del PIB. Además, se excluye a municipalidades y gobernaciones como entes contratantes, centralizando la gestión de los proyectos en entidades nacionales. Por último, se incrementa la participación estatal en iniciativas privadas hasta un 25% del costo total del proyecto, ampliable con autorización del Equipo Económico Nacional.

1. Las ventajas del régimen

En su oportunidad el Poder Ejecutivo, con un firme apoyo del órgano político del Estado, el Congreso Nacional, ha sido un decidido impulsor del proyecto de Ley, suscribiéndose plenamente en las ventajas y oportunidades que el régimen depararía a la gestión financiera estatal orientada al desarrollo de la infraestructura en el país.

La Ley APP fue concebida en el Paraguay guardando en consideración las siguientes ventajas, en comparación al régimen tradicional de obras:

α) **Innovación tecnológica e incorporación de know how.** Como una vía efectiva para lograr una valiosa transferencia de tecnología e innovación desde el sector privado, de manera a contribuir y mejorar sustancialmente las prestaciones del sector público. La experiencia, conocimientos, calificación y tecnología conllevan un extraordinario aporte al desarrollo de la infraestructura, sumado a los procesos permanentes de renovación tecnológica, propios al método y disciplina funcional de las grandes empresas que operan en el área.

β) **Certeza presupuestaria.** Como inserción de certeza dentro del presupuesto a través del tiempo, ya que se establecen, precisan y preservan las erogaciones planificadas para los proyectos de infraestructura en el presente y en el futuro. Así también constituye un efectivo instrumento para incentivar el cumplimiento satisfactorio de las prestaciones y compromisos reservados para el operador del sector privado.

χ) **Desarrollo de recursos humanos.** Como una vía para desarrollar las capacidades locales del sector privado a través de la gestión conjunta con grandes empresas internacionales, desatándose igualmente múltiples oportunidades de subcontratación de empresas locales para obras civiles, obras eléctricas, instalaciones, servi-

cios de seguridad, servicios de limpieza, servicios de mantenimiento, etc.

δ) **Diversificación económica.** Crea diversificación en la economía ya que hace al país más competitivo, e impulsa los negocios y la industria asociada mediante el desarrollo de la infraestructura (como la construcción, el equipo, los servicios de apoyo, etc.) Así también se constituye en una vía para que el sector privado aumente su participación gradualmente en las empresas estatales y en el gobierno generando mayor competitividad, conectividad e interacción comercial a nivel nacional e internacional. Los servicios profesionales asociados al desarrollo del proyecto también se incrementan, convirtiéndose en una importante fuente de distribución de los recursos destinados a la ejecución de los emprendimientos, y de las utilidades subsecuentes.

ε) **Solución al déficit de infraestructura.** Como complemento a las limitaciones de las capacidades del sector público para satisfacer la creciente demanda de desarrollo de grandes obras de infraestructura, mantenimiento de estas y la operación de los servicios asociados tanto en la faz técnica como en el fondeo y en el financiamiento, y evitar los sobre costos y los sobre plazos habituales en la ejecución de obras y operación de servicios públicos por parte del estado.

ϕ) **La realización del Estudio Valor por Dinero.** Este es el elemento fundamental que determina objetivamente la conveniencia o no para el estado de llevar adelante el proyecto bajo la forma de APP.

γ) **Mayor y mejor acceso a recursos financieros.** Por otra parte, y desde el punto de vista de la economía del instrumento, combina el mayor y mejor acceso a fuentes de financiamiento por parte de los inversionistas privados, con el aporte de recursos fiscales, en un marco de mayor previsibilidad al tratarse de proyectos de largo plazo.

η) **Distribución de riesgos otorga certeza y seguridad jurídica.** Mediante el estudio de “Matriz de Riesgo del Proyecto” la asignación de los riesgos vinculados a la construcción, el diseño y a ingeniería, los riesgos financieros, el riesgo ambiental, los riesgos de la operación y mantenimiento, entre otros, determinando en la etapa de factibilidad del proyecto respecto de cada uno de los riesgos si los retiene el Estado, si los trasfiere al privado o si los comparten entre ambos.

2. Riesgos de las APP

Como ocurre naturalmente en todos los negocios jurídicos, en las Asociaciones Público-Privadas se pueden identificar riesgos asociados a todas las etapas de los proyectos. Los instrumentos jurídicos reguladores (leyes, decretos, reglamentos) y los instrumentos jurídicos implementadores (Pliegos, acuerdos, contratos, etc.) no pueden prever todas las contingencias o abarcar toda la casuística relacionada con situaciones que, además de ser nuevas, muchas veces, son generalmente de largo plazo.

Los debates acerca de cuáles son los riesgos a considerar a la hora de encarar proyectos de APP son de variada índole, desde los académicos, pasando por los mediáticos y de prensa, llegando hasta los mundanos, los de origen ciudadano y de los de la opinión pública en general.

También son objeto de revisión y valoración por parte de los actores involucrados, inversionistas, implementadores, consultores y expertos técnicos, que producen señalamientos en las diversas etapas de los proyectos y generan dudas, preocupaciones y debates.

Veamos a continuación algunos de los riesgos generalmente expuestos:

α) **Costo del proyecto.** Para medios y sectores acostumbrados a evaluar o al menos observar procesos y desarrollo de obra pública tradicional, con

financiamiento directo del Estado o de organismos multilaterales u otros; es difícil aceptar que, muchas veces, los costos de planificación, licitación, contrato, implementación y puesta en marcha de los Proyectos APP sean diversos e incluso en muchos casos mayores, o que abarquen nuevas áreas o impliquen situaciones novedosas.

Entender el porqué de los costos, mantenerlos justificados y sobre todo sustentarlos a la hora de la puesta en marcha, desde las primeras etapas hasta el final del proyecto y durante toda la operación, es fundamental. Deben estudiarse los costos, entenderse y mantenerse públicos, deben transparentarse las cifras y durante todo el proceso organizado el control ciudadano. Herramientas varias de gestión en este sentido han ido surgiendo y es menester seleccionar alguna, explicar su uso e implementarlas en los casos concretos.

β) **Costo de la financiación.** La financiación y los costos asociados a la misma resultan ser siempre cuestiones capitales al momento de optar por las modalidades de contratación de los emprendimientos. Existen condicionantes que confieren en determinados emprendimientos ciertas dificultades en relación a los costos y cargas asociadas a la financiación.

En esquemas de "Project Finance", los flujos son trascendentales, y las variaciones del área plantean complicaciones e interrogantes que deben ir siendo abordadas a lo largo de la planificación y se traducen en condiciones de financiación variadas, comprometiendo seriamente el cierre financiero de múltiples proyectos.

En otros casos, la consideración de subsidios y subvenciones por parte del Estado conllevan igualmente dificultades en relación con la estimación precisa de las bases y conductos de financiación.

χ) **Bancabilidad.** La capacidad de

ser financiable o no de un proyecto resulta ser una condicionante fundamental a la hora de optar por llevar o no adelante alguno, además de sumarse como condicionante al elegir la vía para encararlo. Algunos proyectos pueden ser más fáciles de financiar que otros, partiendo de bases de análisis que engloben las variables de tecnología aplicable, soluciones constructivas, aplicación de modalidades de explotación o aprovechamiento, identificación y delimitación de responsabilidades, distribución de las mismas, etc.

La explotación de la infraestructura resultante y los retornos de la inversión, sus tiempos y modalidades deben ser también considerados; algunos proyectos generarán ingresos en moneda local solamente (por ejemplo, proyectos de agua), mientras que otros (por ejemplo, los puertos y aeropuertos) proporcionan ingresos en dólares o moneda extranjera en las que restricciones de los mercados financieros locales pueden tener un menor impacto.

δ) **El elemento político.** Cualquier actividad relacionada con la participación estatal implica participación de ingredientes políticos. La conveniencia política, los costos políticos, las ventajas políticas, las repercusiones sociales que pueden resultar en cuestiones de afectación política son siempre factores a la hora de optar por encarar o no proyectos y también al elegir las modalidades para su puesta en marcha. Determinar la necesidad de proyectos claves, impulsarlos por medios alternativos y llevarlos adelante como parte de objetivos de mayor aliento, más largo plazo o más globales, dejando de lado las repercusiones políticas coyunturales es decisivo para el avance de los planes de mejoramiento de infraestructura. Algunos proyectos pueden ser más política o socialmente desafiantes para implementar que otros – en particular si una fuerza laboral existente en el sector público

teme ser transferida al sector privado, si es necesario un aumento significativo en las tarifas para que el proyecto sea viable, o si hay problemas de restablecimiento o reubicación de establecimientos poblacionales o terratenientes, etc.

ε) **El gobierno debe contar con cierto nivel de “expertise” para administrar el contrato de APP.** Finalmente, el interés público en el resultado, el cuidado del resultado social, es siempre una carga para el Estado. El privado es coadyuvante y socio estratégico, pero en la medida de su lucro, su interés es particular y sesgado y ello es lógico. El privado hace, aporta y contribuye en la medida de su beneficio, porque ello debe ser así.

La responsabilidad por el resultado siempre será endosada al gobierno, y por tanto es este quien debe tener la suficiente “expertise”, ya sea a través de la agencia encargada de la implementación o a través de un organismo regulador, para comprender los acuerdos de la APP, para llevar a cabo sus propias obligaciones en virtud del acuerdo de APP y para monitorear el desempeño del sector privado y hacer cumplir sus obligaciones.

φ) **Plazo muy largo para identificar todas las contingencias.** Cualquier proceso de obra pública de magnitud de media a grande, tal como ya se señaló antes, trae aparejado un periodo de tiempo largo desde la decisión de encararlo, hasta la puesta en marcha, al que debe sumarse siempre el periodo de implementación y de explotación que hacen al retorno y la utilidad. Las contingencias que pueden presentarse durante todas estas etapas son incontables e implican un sinfín de variables que pueden significar trabas que hagan fracasar la continuidad de los proyectos.

Resulta más probable que improbable que las partes deban renegociar el

contrato para dar cabida a estas contingencias. También es posible que algunos de los proyectos de infraestructura puedan fallar o sean cancelados antes del plazo previsto por una serie de razones, como cambios en las políticas gubernamentales, el fracaso de la empresa privada o el gobierno para llevar a cabo sus obligaciones o, circunstancias externas de fuerza mayor. Si bien es cierto que algunas de estas circunstancias puedan ser abordados en el acuerdo de las asociaciones público-privadas, es probable que otras deban ser manejadas durante el curso del proyecto.

3. Experiencias licitatorias bajo el régimen de APP

Desde la promulgación de la Ley de APP, se han presentado más de treinta proyectos de iniciativa pública y privada, para la ejecución de obras viales, aeropuertos, transporte público y otras. Contrariamente a la notoria elección de esta modalidad, solamente un proyecto ha prosperado y se encuentra actualmente en ejecución. De la totalidad de proyectos, veinticinco de ellos fueron desestimados por desconocer el origen de la inversión, por la falta de bancabilidad del proyecto, o por ser un proyecto cuyos bienes no permanecen a favor del Estado, o simplemente por ser excesivamente costoso para el Estado.

Del cumulo de proyectos presentados, cinco se encuentran en estudio a la fecha y solamente uno en ejecución, que se da con la Ampliación y Duplicación de las Rutas Nacionales 2 y 7, Tramo Ypacaraí – Coronel Oviedo (Ruta 2) y Coronel Oviedo – Km 183 (Ruta 7).

El proyecto denominado “Ampliación y Duplicación de las Rutas Nacionales 2 y 7, es el primer proyecto de Iniciativa Pública impulsado por medio de la modalidad APP, siendo el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones la Administración Contratante. El mismo tiene por objeto el mejoramiento de las Rutas 2 y 7, actualmente Ruta PY 02, por el monto total de USD 507.000.000 (dólares americanos quinientos siete millones).

Contratos “Llave en Mano” o “Turnkey Contracts”

Como en varios países, Paraguay ha incorporado el régimen de contratación de llave en mano, también conocido como “Turnkey contracts”, adecuándose de esta manera a una modalidad económica original, como sub categoría al régimen ordinario de contrataciones públicas para el desarrollo de obras e infraestructuras.

Pero ¿qué es, en esencia, un contrato llave en mano? Conforme a un alance terminológico amplio, podemos conceptualizar a este tipo de contratos como una modalidad operativa y jurídica en la que el contratista se obliga frente al cliente a la entrega de un obra completa y lista para ser usada.

El esquema teórico que plantea esta modalidad de contratos, tuvo como origen los contratos de ingeniería donde se exigía algo más que un proyecto, dirección y construcción.

Puede encontrarse una definición histórica, tal como lo menciona Gustavo Humberto Rodríguez¹¹, como *“de origen norteamericano, cuyas primeras aplicaciones tuvieron lugar en el derecho de petróleo, a los contratistas perforadores de pozos, quienes en virtud de tal vínculo se comprometen a suministrar todos los elementos y materiales y a efectuar totalmente el trabajo necesario para completar la perforación, poner en producción el pozo y dejarlo listo para **abrir la llave** que haga posible que el petróleo corra hacia los tanques”*. El resaltado es original.

En el ámbito del sector público, se torna como una opción jurídica que conlleva el despliegue de ciertos elementos operativos que condicionan su efectividad. Entre ellos, surge la participación de un tercer integrante en la ecuación contratista – contratante: “el financiador”.

Esta modalidad de contratación pública plantea una forma diferenciada en la ya

conocida relación “contratante-contratista” (*certificaciones de obras, pagos, aplicación de multas mensuales, verificación de libros de obras y validaciones de causales de atrasos por lluvias, etc., etc.*), simplificando la intervención del Estado como contratante y trasladando ciertas actividades, tales como revisión, inspección y verificación de los tramos a ser entregados al momento de la culminación y entrega al contratante de las obras, para posteriormente proceder a suscribir el compromiso de pago a favor del contratista.

Se llama precisamente “llave en mano”, ya que el contratista desarrolla, dirige y emprende el proyecto y, al finalizarlo, lo entrega y el mandante, por su parte, recibe “la llave” de la obra, a la espera de la entera satisfacción del Estado que la encarga.

Ahora bien, surge como un elemento diferenciador de estos modelos de contratos públicos, el aspecto financiero. El régimen de llave en mano traslada aquella preocupación del Estado de contar con los recursos presupuestarios para dar inicio a dichas obras, a fin de que el contratista no solo inicie las obras, sino que fundamentalmente, pueda financiar los tramos que hayan de requerir las obras.

Originalmente, la Ley 1302/98 introdujo la modalidad de “Contratos Llave en Mano” para la construcción de proyectos de infraestructura pública, y financiamiento externo para los mismos. Posteriormente la Ley 5074/13 promulgada en octubre del 2013, instauró cambios al régimen de contratación conocida como “Llave en Mano”.

El Decreto reglamentario de dicha ley 5074/13, (decreto 5151/16), ha previsto que el Contratista asuma la obligación desde el diseño propio de la obra, pasando por la construcción, el suministro de materiales y equipos, hasta inclusive la puesta en servicio y aseguramiento de calidad, así como los demás servicios relacionados con las obras públicas.

Una de las particularidades de este esquema legal – y que lo diferencia de los demás diseños normativos – es que confiere las garan-

¹¹ Rodríguez, G. (1978). Contratos Administrativos, Ediciones de Cultura Latinoamericana, Ediculto – Limitada Bogotá DF 1978 página 82.

tías soberanas del Estado paraguayo “desde el momento de la firma del contrato de obra correspondiente, siendo su compromiso de pago únicamente a la conclusión total de la obra o partes terminadas y utilizables de ésta, de acuerdo con el contrato y las especificaciones técnicas correspondientes”.

La norma legal, se ajusta a las exigencias constitucionales que refieren a que toda deuda del Estado deba ser aprobada por el Congreso de la Nación, circunstancia que sitúa a la ley, como una herramienta segura y útil para lograr la obtención del necesario financiamiento externo por parte de los eventuales contratistas.

Para mayor seguridad, la propia ley otorga como respaldo al financiador, un certificado suscrito por el Ministerio de Hacienda. Este documento es denominado CROP (Certificado de Reconocimiento de Obligación de Pago). El mismo, instrumenta la garantía dada instituida por la ley, confiriendo un instrumento preciso para que el financiador pueda administrarlo según su conveniencia. Sirve de base para subsecuentes operaciones de securitización.

Lógicamente este documento confiere al financiador de las obras, la certeza clara de que los compromisos financieros asumidos por el Estado, a cambio de las obras que le sean entregadas parcialmente, serán asumidas y canceladas en el plazo previsto e indicado en dicho certificado.

Es claro pues, que estos Certificados de Reconocimiento de Obligación de Pago, serán los documentos con los cuales los financistas obtendrán el repago brindado a los contratistas inicialmente.

1. Ventajas de la modalidad llave en mano

La modalidad de llave en mano brinda algunas ventajas operativas que las diferencias de los demás regímenes legales de contrataciones públicas ordinarias, entre las cuales podemos citar a las siguientes:

a) **Cuenta con Garantía soberana por parte del Estado:** La Ley 5074/13 otorga garantía total de pago por parte del Estado para los contratos ejecutados bajo su alcance. La falta de pago por parte de la entidad contratante traslada la responsabilidad de pago al Estado.

b) **Procedimientos más claros y efectivos.** En la implementación de la Ley 5074/13 se ajustó la regulación administrativa para proporcionar procedimientos más claros y efectivos para su aplicación práctica.

c) **Ejecución de títulos.** Al hacer entrega el contratista al Estado, de determinados sectores o partes operables del proyecto, acceden a la posibilidad de cobrar los títulos de deuda del Estado paraguayo, títulos éstos de carácter negociables. Los títulos de deuda son clave en el diseño de la estructura financiera del proyecto y la relación con las entidades financieras, tal como lo señalamos en párrafos precedentes.

d) **Seguridad política.** Los cambios políticos no deberían alterar la necesidad del Estado paraguayo de desarrollar infraestructura.

e) **Confianza y seguridad ante el mercado internacional.** Las emisiones de bonos soberanos del Estado Paraguayo han creado una nueva confianza y percepción relacionada con la inserción del país en el mercado internacional de capitales y sus indicadores económicos.

f) **Reducción de factores de riesgo.** Los factores de riesgo, calificaciones crediticias y otros parámetros económicos negativos del Paraguay han sido reducidos sustancialmente en los últimos años, lo que favorece la negociabilidad de los títulos de deudas provenientes de esta modalidad de contratación.

g) **Interés local en el desarrollo de proyectos llave en mano.** Paraguay cuenta con importantes empresas de construcción, eficientes localmente, muy interesadas en participar en estos proyectos. Al respecto, cabe mencionar que el requerimiento de contar con participación del 25% en la ejecución del proyecto por parte de empresas locales, podría ser cumplido mediante la subcontratación de constructoras paraguayas.

h) **Beneficios fiscales.** La Legislación Tributaria y las tasas impositivas son bajas en comparación a la de nuestros países vecinos.

2. Desventajas del régimen legal de llave en mano

No está demás hacer mención a algunos factores que constituyen elementos de riesgos en el marco de la puesta en práctica de este esquema normativo, elementos que justamente han desencadenado inconvenientes en la efectiva materialización de algunos llamados regidos por dicho marco legal.

a) **Aspectos de inmunidad soberana:** La Ley no renuncia a la inmunidad soberana ni autoriza la entrega de la jurisdicción judicial paraguaya en caso de conflicto. Sin embargo, el arbitraje puede convocarse como un medio alternativo de resolución de conflictos, con las limitaciones establecidas en la Ley 2051/03.

b) **Aumento de la deuda externa:** A pesar de la sólida situación macroeconómica de Paraguay, la tasa de aumento de la deuda externa paraguaya está comenzando a preocupar a los expertos locales, lo cual podría eventualmente desincentivar el uso de este método de contratación.

3. Contratos en ejecución bajo esta modalidad

Paraguay ha logrado concertar algunas experiencias positivas en el marco de la ley llave en mano, las que, si bien no son variadas, dan cuenta de la viabilidad de este tipo de modalidad contractual. Tal es así, que a la fecha se han suscrito tres contratos regidos por el régimen de llave en mano, a saber:

- Proyecto Naranjal (USD 60 millones), contrato de un tramo de ruta comprendido entre las ciudades de San Cristóbal y Naranjal, situadas en el departamento de Alto Paraná, el cual ya está totalmente ejecutado.

- Corredor Bioceánico (USD 450 millones) cuyo financiamiento se efectuó en el 2019 con la primera emisión de bono en el mercado de capital internacional bajo la modalidad 144A/Reg S.

- Costanera Sur, cuyo desarrollo se encuentra en pleno proceso de ejecución.

4. Contratos que no han avanzado bajo esta modalidad

Dentro del espectro de eventuales contratos bajo el régimen legal de llave en mano, también han sido analizados otros proyectos, que, por diversas razones, no han podido ser concretadas. Entre las mismas, podemos citar a:

a) **Construcción de sistemas de alcantarillado sanitario y plantas de tratamiento de aguas residuales en las cuencas Lambaré, Luque y Mariano Roque Alonso:** Este llamado a licitación fue declarado desierto. Cabe mencionar que en la resolución en cuestión no se aclara cual es el inciso sobre el que se basa la decisión y tampoco explica el fundamento por el cual se declara desierto el llamado. Dicha resolución se limitó a mencionar que el Comité de Evaluación recomendó que el proceso sea declarado desierto.

b) **Ejecución de obras de recapado y reciclado de la ruta nacional N° 9:** Esta licitación fue cancelada a fines de 2016 debido a los altos costos del proyecto, las limitaciones establecidas por la Ley de Responsabilidad Fiscal y la reducción de los ingresos fiscales causados por la contracción de economías regionales. Estas han sido las razones que desencadenaron la cancelación del proceso licitatorio de la Ruta Transchaco, las cuales, frente al escenario del aumento de la deuda pública, podría replicarse en futuros procesos licitatorios.

Concluyendo el presente análisis respecto a la ley de llave en mano, es válido sostener que esta modalidad de contratos públicos denominados "llave en mano" surge como una opción más dentro del espectro de normas regulatorias de contratos públicos, en la que tanto la administración contratante, el contratista y un tercer protagonista neurálgico en la ecuación - el financiador - brindan un original esquema operativo para la satisfacción de las necesidades públicas, muchas veces asfixiada por compromisos presupuestarios que impiden la ejecución de procesos ordinarios de obras públicas.

Su utilización para determinados procesos, sin embargo, conlleva un necesario análisis de conveniencia, pues no toda obra encajada a través de contratos llave en mano, resultarán económicamente más ventajosos que los procesos ordinarios de contrataciones públicas. Su utilización dependerá así, de precisos estudios financieros de rentabilidad basados en los costos del financiamiento y del propio proyecto, por lo que la utilización de esta modalidad será más conveniente que los procesos ordinarios de contrataciones públicas, solo en determinadas ocasiones en los que la realidad económica así lo justifique.

Ya lo indicaba Matus Benavente¹² al expresar

que *"la satisfacción de este amplio y complejo sistema de necesidades públicas obliga al Estado a comprometerse en una empresa de creciente actividad, en cuya satisfacción empeña sus fuerzas morales, pero que lo obligan, también, a exigencias de mayores recursos públicos con que hacer frente a los gastos que estas actividades representan. El Estado debe buscar los recursos materiales con que atenderlas y es esta actividad, en toda su trascendente complejidad, la que origina su actividad financiera"*.

¿Una visión holística?

Es natural y hasta necesario que en todo Estado democrático se planteen interrogantes permanentes en relación a la distribución del poder público, su organización y cometidos. *"La sociedad contemporánea vive en la "vacilación" de las nuevas definiciones del Estado y de la formulación de nuevas certezas."*¹³

Paralelamente al aumento y complejidad de las necesidades y requerimientos sociales modernos, se formulan en el ámbito de las ciencias de la administración y del Derecho Administrativo distintas alternativas y modalidades de gestión de las prestaciones públicas que todo Estado debe garantizar a sus ciudadanos. En tal sentido reconoce la doctrina moderna la ineludible necesidad de reorganizar funcionalmente el Estado mediante una redistribución inteligente de las prestaciones públicas, a fin de asegurar la satisfacción directa, eficiente y sostenida de las necesidades del ciudadano.

*"La lógica de los antecedentes no permite que el hombre y sus instituciones pierdan su historicidad. No nos encontramos ni ante el fin del hombre, ni ante el fin de su historia. Nuestra época reclama una nueva organización y otra redistribución política y económica que permitan la construcción de renovadas instancias de convivencia por las cuales se reedifiquen los cánones y códigos que informan a la sociedad."*¹⁴

¹² MATUS BENIAVENITE, M. (s.f). Finanzas Públicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales N° 24, Editorial Jurídica de Chile, página 93.

¹³ Rotberg, R. (2004). When States Fail, Causes and Consequences. Princeton-New Jersey, Princeton University Press.

¹⁴ Bourdieu, P. (2003). Las Estructuras sociales del a economía, Barcelona, Anagrama, p. 27.

El desarrollo de la infraestructura pública, por ser esencial al desarrollo del individuo y la convivencia social moderna, también plantea para el Estado la necesidad de promover reformulaciones operativas. Las comunicaciones, el transporte (personas y carga), los servicios básicos (sanitarios, de electricidad, de salud), la conectividad e interoperabilidad, la seguridad, y la educación, entre otras, constituyen compromisos y funciones primarias del Estado como principal promotor del desarrollo social y garante del bienestar general. Su provisión y satisfacción, precisan y se sostienen en una infraestructura pública con suficiencia, que a su vez reviste en la modernidad mayor diversidad y complejidad. La satisfacción de los servicios básicos y las necesidades existenciales del individuo se sirven con eficiencia, sustentados en una adecuada infraestructura pública que soporte, mantenga y asegure tales prestaciones.

Pero el desarrollo de la infraestructura idónea a un pueblo y sus apetencias encuentra numerosos escollos.

Toda estructura estatal y más aún la de los países no totalmente desarrollados (los desarrollados tampoco escapan de algunas de las realidades que revisamos), tropiezan con dificultades económico-financieras de índole presupuestaria que son determinantes a la hora de la inversión en la obra pública; que es un tipo de desarrollo que precisa de la inyección de ingentes cantidades de fondos de manera directa, acelerada y continua en periodos relativamente cortos o de mediano plazo, que no tienen retorno inmediato o que por su naturaleza no llegan a tener retorno económico, sino social.

La limitación perenne de fondos de las administraciones públicas -del Estado-, la falta de Capital estatal para hacer frente a las necesidades públicas de sociedades cada vez más complejas y complejizadas; la falta de instrumentos jurídicos idóneos para solucionar situaciones prácticas que se van dando en la implementación de proyectos de inversión y de conversión de infraestructura en un escenario en el que las necesidades crecen de manera geométrica frente a soluciones y acciones que apenas pueden llegar a la pro-

gresión matemática; la carencia institucional que conlleva la falta de instituciones sólidas, con empoderamiento y libertad de acción, con objetivos claros y opciones acordes, resultan en una carrera desigual en la que las necesidades superan todo régimen de suministro y provisión públicos.

En este contexto, las alternativas de incursión de la inversión privada al desarrollo de infraestructura pública dada por los nuevos modelos de contratación pública, que favorecen la inyección del capital privado como inversor directo, gerente de la inversión o colaborador de la misma, fueron vistos como soluciones u opciones muy prácticas para ir cerrando las brechas, exhibiéndose el ingreso del capital privado a las ecuaciones de financiamiento como una extraordinaria alternativa para afrontar los costos y cargas inherentes al desarrollo de la infraestructura.

En la práctica, en la arena del día a día, donde las soluciones teóricas tropiezan con los mayores escollos, la necesidad aún presente de un financiamiento directo (aun cuando fuere menor) por parte del Estado, aunque más no sea como parte del Capital inicial, llevó a una nueva versión del problema que representa la escasez de recursos presupuestarios y la dificultad de planificación de prioridades. La aplicación de los nuevos modelos de colaboración y de intervención directa resultaba atractiva y aparentaba determinante, pero la necesidad de una inversión inicial del Estado para el arranque de los proyectos resultó de nuevo en trabas repetidas y en una vuelta al problema de la falta de recursos como limitante.

Para Estados como el paraguay, que destinan históricamente y sin rastros de solución visibles o de modificación a corto plazo reales, gran parte de su presupuesto público (hasta y alrededor permanentemente del 70%) en gastos de personal y otros gastos rígidos, no es posible facilitar recursos a infraestructura, incluso cuando ello implique únicamente inversión inicial y no continua, en un escenario a veces sombrío, donde lo urgente supera lo necesario y lo planificado se rinde a la coyuntura inmediata.

El problema principal de Paraguay, en este esquema, viene siendo el mismo que en el esquema tradicional, el de la disponibilidad presupuestaria; cuando para encarar una obra, es necesario primero prever y distraer fondos del presupuesto (obtenerlos, separarlos, reservarlos y gestionar el gasto), la viabilidad y el inicio de los proyectos nuevamente queda condicionada a las "posibilidades presupuestarias" "planes financieros o de caja" "espacios fiscales efectivos" entre otras limitaciones de un Estado sin la capacidad financiera suficiente para sostener programas consistentes de desarrollo de obra pública. Aproximadamente un tercio del presupuesto nacional es destinado al pago de salarios de funcionarios públicos o en general a gastos rígidos o de mantenimiento de la estructura. En los últimos años, la fracción del presupuesto que era destinado a la educación, salud, seguridad, obras de infraestructura y las demás necesidades del Estado, no ha superado el 30% del Presupuesto General de Gastos de la Nación para cada año.

Desde casi una década, los recursos del Estado no se manejan como opción para el financiamiento, de hecho, históricamente fue el endeudamiento público (o la cooperación no reembolsable) la fuente de recursos para el desarrollo de infraestructura, en cualquiera de las formas que este pudiera presentarse (Contratos de préstamo directo, cooperaciones parcial o totalmente no reembolsables, y más recientemente endeudamiento por bonos y otras versiones de contratos de captación de fondos con mayor o menor retorno).

El margen para la inversión cada vez más reducido, afecta también a las opciones de colaboración del Capital Privado, pues, ante este casi inexistente espacio fiscal, los proyectos presentados a la Administración, tanto de APP como de Contrato Llave en Mano, que puedan implicar la necesidad de una inversión inicial aunque porcentual del Estado, deben ser rechazados ante la falta de disponibilidad presupuestaria y capacidad financiera para asumir la porción del Estado de los compromisos económicos para estos proyectos.

Sumado a todo esto, y como parte fundamental de la ecuación aparece la planificación, ese componente que implica la necesidad de visiones y asunciones previas, que no deben ser nunca improvisadas o ligeras, sino que requieren de contextos definidos, de interacciones pensadas, de complementaciones estructuradas.

En el plano de la previsión, de la estructuración previa de acciones que deban ser ordenadas, se suma a la necesidad de la planificación financiera, la necesidad de la coordinación ordenada de las prioridades, de la organización de acciones que determinen el desarrollo de infraestructura conectadas o relativas a proyecciones de mediano y largo plazo, que se orienten no sólo a la solución de situaciones coyunturales, sino que vean más allá, hacia soluciones de largo plazo que sean escalables y sustentables, que sigan un lineamiento madre, un hilo conductor, es necesario.

Es así que, los modelos que adoptan la creación de órganos estatales de planificación, de estudio de situaciones y proyecciones, acrecentados por la facilidad de instrumentos jurídicos acordes con esas funciones de articulador de futuro son necesarias. Se deben adoptar soluciones legales que incorporen visiones de proyección a futuro, pero sobre todo que doten al aparato estatal de soluciones creativas en lo relativo a la formación de órganos estatales flexibles en cuanto a su capacidad de adaptación a las realidades cambiantes de los avatares políticos, pero rígidos en lo relativo al cumplimiento de las funciones de articuladores del desarrollo basado en infraestructura. Oficinas públicas de facilitación orientadas a la consecución de objetivos trazados sobre ejes concretos, que no se conviertan en nuevos articuladores de burocracia o meros revisores de papeles que deseen marcar su presencia con agregados de acciones que no suman sino entorpecen.

Se deben articular estos mecanismos con inclusión del control social, con la inserción de herramientas de transparencia y seguimiento, con la adopción de medidas que garanticen la visibilidad de las acciones, pues en

este tiempo de avance de las comunicaciones, aun lo que no se concibe visible se expone al mundo, y por tanto es mejor prever una buena visibilidad basada en herramientas de seguimiento que permitan una visión clara y precisa, que dejar abierto el camino a que intrusiones del tipo “control externo forzado” terminen exponiendo verdades a medias o visiones sesgadas.

La Infraestructura con enfoque de sostenibilidad

Infraestructura Sostenible, o con enfoque de sostenibilidad, se refiere a los proyectos de infraestructura que son planificados, diseñados, construidos, operados y desmantelados de manera que garanticen la sostenibilidad económica y financiera, social, ambiental (incluida la resiliencia climática) e institucional durante todo el ciclo de vida del proyecto.

La sostenibilidad consiste en satisfacer las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer a las exigencias de las generaciones futuras, al mismo tiempo que se garantiza un equilibrio entre el crecimiento de la economía, el respeto al medioambiente y el bienestar social.

La infraestructura sostenible (IS) ahora es reconocida como una base esencial para lograr un crecimiento inclusivo y sostenible, cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y alcanzar las metas del Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El mundo necesita aumentar las inversiones en infraestructura sostenible para hacer frente a grandes déficits en los servicios de infraestructura, especialmente en los mercados emergentes y los países en desarrollo; responder a los cambios estructurales que están en marcha, especialmente la urbanización; y acelerar el reemplazo de la infraestructura antigua y contaminante. En total, se necesitan alrededor de US\$ 90 billones de inversión en infraestructura en todo el mundo entre 2015 y 2030, lo que supera la reserva de capital actual (NCE, 2016). Con esa escala de inversión requerida y la breve oportunidad de detener el cambio climático, no pode-

mos permitirnos quedar atascados con tecnologías contaminantes y capital ineficiente (IPCC, 2018).

El mundo reconoce hoy que la vida en la tierra como la conocemos está amenazada por el mismo modo de vida que la sostiene, que el hombre para sobrevivir y para desarrollarse ha desgastado de manera fulminante el ambiente, y que al ritmo que vamos, sin cambios decididos y sobre todo constantes y de ritmo sostenido, no puede pensarse en continuidad alguna.

Es por eso que, actualmente, los grandes proyectos, financiados por organismos multilaterales y los proyectos de largo aliento en general, incorporan de manera ineludible los lineamientos de la sostenibilidad y el control de emisiones; miran a la conservación de la naturaleza y a la posibilidad de cooperar con la menor degradación posible del medio ambiente a la hora, tanto de construir, como de operar y mantener el producto final de los grandes proyectos.

No se puede hoy pensar en un gran proyecto de infraestructura sin el cálculo de las consecuencias medioambientales, sin la medición inmediata y mediata de las emisiones de carbono, sin el estudio de las formas alternativas de gastos energético y hasta de producción propia.

No existen proyectos que puedan escapar al estudio del impacto del manejo de residuos, de las acciones de aporte a la cultura verde o la implementación, incluso de opciones de reciclaje y reaprovechamiento.

La mirada sostenible exige nuevos desafíos, y nuevos costos, diferencias en la planificación, en el mantenimiento y nuevas formas de coexistencia con la naturaleza, el entorno en general y de cohabitación humana.

Implica transformaciones en los enfoques de propiedad, en los reglamentos constructivos y en las reglas de convivencia y de trabajo en las áreas resultantes de la nueva infraestructura con el enfoque cambiado.

La vida ya no es, y cada vez será menos como antes, condicionada por las nuevas realidades marcadas por las necesidades de sostenibilidad que hacen a la subsistencia de la vida; por lo que la inversión en infraestructura debe también tomar una nueva vertiente, orientarse de otra manera y mirar nuevas formas de convivir y coexistir con su entorno.

Cuando hablamos hoy de inversión en infraestructura, tenemos que tener en cuenta la sostenibilidad.

Comentarios finales

La ausencia o escasez de inversiones repercute en la existencia de infraestructura obsoleta y/o deficiente, desamarradas del ritmo de crecimiento de la población, con consecuencias en la calidad de vida de los habitantes. Ante ello se plantea la necesidad de ajustar la visión y conducta del Estado en la detección de aquellas variables, modalidades y alternativas de gestión que atiendan con mayor suficiencia sus cometidos, moldeados por las exigencias y vicisitudes de la hiper modernidad.

Ya lo expresaba Bidart Campos: *“El fin del Estado, el bien común, es siempre el mismo, pero su contenido y su realización son variables.”*

La utilización de las alternativas de incursión de la inversión privada ya no resulta una opción u oportunidad, sino que se presenta hoy como necesaria para un Estado que no puede por sí sólo y necesita asumir el modelo del particular colaborador/coadyuvante en la búsqueda de soluciones, a sus ingentes requerimientos materiales. Es así que, las asociaciones público-privadas (APP) son, en esta situación, un medio idóneo de canalizar la inversión y crear un hábitat de desarrollo de la inversión en infraestructura, destinada a rendir servicios públicos.¹⁵

El Paraguay debe afrontar el desafío de modificar su estructura institucional en relación

con la infraestructura, para hacerla apta para una inversión masiva, tanto local como internacional.

Es así que el desarrollo de infraestructura, no sólo como inversión, sino como modelo de desarrollo social y política de empleo debe ser incentivado; la construcción de infraestructura y el incentivo, inclusive, de la inversión pública deben asimilarse como política pública. El efecto multiplicador en la economía, de pequeña, mediana y gran escala que genera la inversión en la construcción es por demás sabido y ha sido entendido por todos los estudios de economía en las últimas décadas, y desde casi el siglo que siguió al final de la segunda guerra mundial.

Poner en marcha un proyecto de infraestructura permanente y sostenido, en efecto, demanda tiempo, disciplina, método y paciencia. De ahí, precisamente, que este tipo de iniciativas deben trascender los linderos que marcan los gobiernos de turno, para convertirse así en políticas de Estado, con objetivos a corto, mediano y largo plazo.

Tal como ya lo expresáramos, la adopción de políticas públicas requiere de análisis globales y de conjunto, no de visiones coyunturales o de interés meramente político o electoralista; la incorporación de la opción “Infraestructura” como política pública excede los límites temporales de los gobiernos, pues implica la organicidad de los planes, la continuidad de los emprendimientos, la sostenibilidad financiera y la coordinación de las acciones sobre la base de objetivos concretos: para que esto sea real y realizable, es necesaria como dijimos, una centralización normativa y de las acciones de planificación y seguimiento, es necesaria una unidad de gestión que ejerza con capacidad legal y respaldo normativo la rectoría de los planes a mediano y largo plazo, asegurando la continuidad y sobre todo la coherencia en el tiempo y en la ejecución orgánica.

Una política de Estado que tenga como finalidad el desarrollo de la infraestructura pública debe considerar necesariamente aspectos trascendentales para hacer posible su desarrollo. El primero de ellos se da en la

¹⁵ Crivelli, J. C. (2017). Introducción. En *Inversión privada en el sector público* (1ª ed., p. 26). Astrea.

constitución de un organismo único de promoción de proyectos, que cuente con un esquema de dirección y planificación centralizada, dinámica, con fuentes de financiamiento confiable a largo plazo y seguridad jurídica.

Permanentemente hemos sugerido la instalación de un organismo o unidad operativa técnica, centralizada y altamente especializada encargada de conducir todos los compartimientos y etapas del proceso de inversión privada en la infraestructura (planificación, identificación de recursos, catálogo de inversiones, exámenes de pre factibilidad, gestiones ante entidades financiadoras, elaboración de términos de referencia y pliegos, conducción de procesos competitivos, articulación jurídica de los proyectos, ejecución contractual, etc.). Son inimaginables los beneficios de contar con una asistencia integral y especializada de la Administración para la concreción de las variadas oportunidades de radicación de capital externo en la estructuración financiera y la ejecución de proyectos de obra pública, vial y de infraestructura en general.

Este organismo deberá llevar a cabo la planificación de la infraestructura, administrar los fondos asignados y brindar confiabilidad política y seguridad jurídica, de manera similar a la experiencia chilena.¹⁶ Asimismo, deberá indagar e implementar estructuras altamente especializadas para la captación y administración de recursos.

Standard & Poor, Fitch y Moodies coinciden en afirmar que a fin de que el Paraguay logre el grado de inversión en su calificación de riesgo del país requiere mejorar y afirmar sus niveles de "Institucionalidad" interna. Esta puede expresarse o entenderse de dos maneras. Una de ellas, la política, comprendida como el ejercicio del dinamismo republicano, expresado por niveles elevados de independencia, control recíproco y coordinación de los poderes del Estado.), La otra, la orgánica y funcional, caracterizada por una gestión ordenada e integrada de los organismos y entidades de la Administración. El mejora-

miento de la calificación de riesgo y ni que decir alcanzar el grado de inversión para el Paraguay se traducirá en condiciones financieras por demás ventajosas, asegurando al país un aumento extraordinario del apetito por sus papeles financieros y niveles de inversión directa en el país.

En la misma línea, el derecho positivo en materia de los instrumentos contractuales se verá requerido a sufrir una necesaria modificación y actualización para adecuarse a las nuevas necesidades de los proyectos de infraestructura-públicos impulsados por el sector privado. Los proyectos basados en pago y repago por flujos (Project Finance), adquieren sofisticados mecanismos de instrumentación, que deben lógicamente adaptarse al marco jurídico doméstico, para complementarse hábilmente a los usos y costumbres comerciales que gobiernan el área.

Ello, abriendo la posibilidad de ofrecer y/o consentir la constitución y el otorgamiento de formas novedosas de garantías contractuales, incorporadas a los modelos y métodos de inversión modernos. Muchas opciones de ellas ya se exhiben en la legislación administrativa internacional, adosada a la rica experiencia mercantil surgida de los focos principales de soporte financiero a tales actividades, traducidas, a su vez, en instrumentos especializados de interacción contractual. Los proyectos de origen en la Administración, deben incubarse, concebirse y sustentarse desde sus orígenes en la experiencia y apetencias de los inversionistas y financistas respectivos, que, como ya se expresara, se concretizan en modernos esquemas de garantías desarrollados en los últimos años por expertos de la banca internacional. Sin renunciar por supuesto al resguardo permanente de los intereses superiores del Estado.

En este sentido, una adecuación normativa que sea práctica, sólida, entendible, sin perder agilidad y adaptabilidad, es necesaria.

Finalmente reiterar, que el Estado paraguayo, como otras entidades soberanas, exige una concienzuda revisión de su actividad integral, su gestión en ejercicio del poder

¹⁶ Crivelli, J. C. (2017). Introducción. En *Inversión privada en el sector público* (1ª ed., pp. 29–30). Astrea.

público y sus facultades contractuales, y su organización administrativa, en razón a los nuevos avatares y cometidos que le impone la sociedad de la modernidad, y consecuentemente a ello, reformular sus funciones y estructura en atención a ellas. Ese examen apuntará a reprocesar los objetivos y metas estatales e institucionales, corroborar si la estructura orgánico-funcional de sus organismos contribuye o no a lograr su misión pública, y finalmente proponer las adecuaciones o recapitulaciones que las circunstancias demanden para alcanzar tales fines y lograr mayor eficiencia en las prestaciones administrativas del Estado. Entre ellas, su gestión financiera integral, y en particular, su eficiencia en el desarrollo de la infraestructura y el entorno material del Estado.

*"Un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida en que puede establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada, y en cierto momento. Este sistema, por otra parte, no es más que el producto de esas necesidades, y si no lo es o no garantiza su satisfacción, será la obra artificial de un legislador o de un jurista, pero sin valor ni fuerza alguna".*¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

Bourdieu, P. (2003). *Las Estructuras sociales de la economía*, Barcelona, Anagrama.

Clavero Arévalo, M. (2003). *Las transformaciones del Derecho Administrativo en España tras veinticinco años de Constitución*, Madrid, INAP.

Crivelli, J. C. (2017). Introducción. En *Inversión privada en el sector público* (1a ed., pp. 102). Astrea.

Decreto reglamentario 5151/16 de ley 5074/13, Paraguay.

Duguit L. (1975). *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Helias-ta.

Frallicciardi, B. (2012). *Teoría de la organización y Administración Pública*. Cathedra Jurídica.

Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires..

Informe del World Economic Forum – Paraguay – Año 2019.

La transformación de la política (2002). Barcelona, Península, Ayuntamiento de Bilbao.

Ley No 7452/2025, "De Modernización del Régimen de Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a cargo del Estado". Paraguay.

Matus Beniavenite, M. (s.f). *Finanzas Públicas*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales N° 24, Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez, G. H. (1978). *Contratos Administrativos*, Ediciones de Cultura Latinoamericana, Ediculto – Limitada Bogotá DF.

Rotberg, R. I. (2004). *When States Fail. Causes and Consequences*, Princeton - New Jersey, Princeton University Press.

Serebrisky, T. (2014). *Infraestructura sostenible para la competitividad y el crecimiento inclusivo* (BID). Visitado el 10 de julio de 2017, de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6398/Infraestructura%20sostenible%20para%20a%0competitividad%20y%20el%20crecimiento%20inclusivo%20%20Estrategia%20de%20Infraestructura%20del%20BID.pdf>

¹⁷ Duguit, L. (1975). *Las transformaciones del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, p. 23.

LOS RIESGOS SOCIALES EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): BASES DOCTRINALES Y HERRAMIENTAS JURÍDICAS PARA UNA GESTIÓN EFICIENTE.

*Social risks in Public-Private Partnerships (PPPs):
Doctrinal bases and legal tools for efficient
management.*

JEAN BARREDA VÍLCHEZ

- Egresado en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Coordinador General del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA).

RODRIGO BECERRA ROMERO

- Egresado en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Coordinador de Publicaciones del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA).

RENZO INCHE JANAMPA

- Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Miembro principal del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA).

GERALDIN SÁNCHEZ ROSARIO

- Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Coordinadora de Eventos del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA).



FIDA



INTERAMERICANA
DE DERECHOS
HUMANOS

FIDA 2025

XXXIV CONGRESO
IBEROAMERICANO
DE DERECHO ADMINISTRATIVO
LA REGULACIÓN EN IBEROAMÉRICA



Los riesgos sociales en las Asociaciones Público-Privadas (APP): Bases doctrinales y herramientas jurídicas para una gestión eficiente.

Social risks in Public-Private Partnerships (PPPs): Doctrinal bases and legal tools for efficient management.

Resumen:

Las Asociaciones Público-Privadas (APP) en el Perú enfrentan desafíos crecientes en la gestión de riesgos sociales, cuya desatención afecta su sostenibilidad y legitimidad. Este artículo analiza los casos de las concesiones viales Rutas de Lima y Red Vial N.º 4 Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry (Perú), junto con la Concesión Vial del Área Metropolitana de Cúcuta (Colombia), a fin de identificar lecciones y herramientas jurídicas para una gestión adecuada del riesgo social en las APP. Se sostiene que la ausencia de planificación social temprana, la débil coordinación estatal y la limitada participación ciudadana agravan la conflictividad. Por ello, se propone fortalecer la gestión institucional y contractual de los riesgos sociales como condición para la legitimidad y sostenibilidad de las APP.

Abstract:

Public-Private Partnerships (PPPs) in Peru face growing challenges in managing social risks, the neglect of which affects their sustainability and legitimacy. This article analyzes the cases of the Rutas de Lima and Red Vial N.º 4 Pativilca-Santa-Trujillo and Puerto Salaverry road concessions (Peru), along with the Cúcuta Metropolitan Area Road Concession (Colombia), in order to identify lessons learned and legal tools for the proper man-

agement of social risk in PPPs. It argues that the lack of early social planning, weak state coordination, and limited citizen participation exacerbate conflict. Therefore, it proposes strengthening the institutional and contractual management of social risks as a condition for the legitimacy and sustainability of PPPs.

Palabras clave:

Asociaciones Público-Privadas (APP), asignación de riesgos, riesgos sociales, Derecho administrativo, gestión de conflictos.

Keywords:

Public-Private Partnerships (PPPs), risk allocation, social risks, administrative law, conflict management.

Introducción

Las Asociaciones Público-Privadas (APP) se han consolidado en América Latina como instrumentos esenciales para atraer inversión privada en infraestructura de transporte. Dentro de ellas, las concesiones viales autofinanciadas destacan porque los

ingresos del concesionario provienen principalmente del cobro de peajes a los usuarios, sin aportes estatales directos. Este modelo, aunque eficiente en términos financieros, traslada al sector privado no solo el riesgo de demanda, sino también la exposición a factores sociales que inciden en la aceptación y sostenibilidad del contrato.

Durante los últimos años, los conflictos sociales en torno a las concesiones Rutas de Lima y Red Vial N.º 4 Pativilca–Santa–Trujillo y Puerto Salaverry (Aunor) han evidenciado que la percepción de lucro privado, la oposición al cobro de peajes y la falta de comunicación efectiva entre Estado y ciudadanía pueden comprometer la estabilidad jurídica y económica de los proyectos. De manera similar, la experiencia colombiana con la Concesión Vial del Área Metropolitana de Cúcuta demuestra que los riesgos sociales, cuando no se gestionan oportunamente, pueden escalar hasta paralizar operaciones e impactar en la gobernabilidad.

Este artículo parte de la hipótesis de que, en las concesiones viales autofinanciadas, los riesgos sociales y los riesgos de demanda están estrechamente vinculados: la conflictividad social reduce la demanda efectiva, altera los flujos de ingreso y debilita la legitimidad institucional del modelo concesional. A partir de una revisión doctrinal, normativa y comparada, así como del análisis de los tres casos mencionados, se propone un marco de gestión integrada que articule legitimidad social, seguridad jurídica y sostenibilidad financiera como ejes para fortalecer la gobernanza de las APP.

1. Marco Teórico

1.1. Concepto y evolución de las Asociaciones Público-Privadas (APP)

Las APP surgieron como una evolución de los contratos de concesión, siendo el Reino Unido uno de los primeros países en adoptar formalmente este modelo a inicios de los años 90. En 1992 se introdujo el esque-

ma Private Finance Initiative (PFI), donde el sector privado financia, construye y opera infraestructuras públicas a cambio de pagos periódicos del gobierno. Este mecanismo permitió atraer inversión privada para proyectos públicos esenciales, asegurando la transferencia de riesgos al sector privado.

A partir del éxito británico, las APP se extendieron a otros países, incluyendo a varias economías en desarrollo, donde adquirieron relevancia normativa desde los años 90. Hoy en día, las APP son ampliamente utilizadas en sectores como transporte, salud y educación, tanto para infraestructura nueva como para modernización de la existente. Sin embargo, su implementación exige un manejo técnico, legal y financiero sofisticado, debido a la complejidad y el alto valor económico de los proyectos.

El término APP abarca diversas formas de colaboración entre el sector público y privado para desarrollar infraestructura y servicios. Aunque es de uso frecuente, su significado puede prestarse a diversas interpretaciones, desde privatizaciones hasta contratos de inversión privada en proyectos públicos¹. En tal sentido, si bien no existe una definición universalmente aceptada de lo que constituye una APP, diversos autores coinciden en caracterizarlas como acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en los cuales este último asume responsabilidades significativas en el desarrollo de proyectos de infraestructura o servicios públicos.

En esa línea, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) señala que las APP pueden entenderse como acuerdos de largo plazo suscritos entre una entidad pública y un inversionista privado, a través de los cuales este último se encarga de desarrollar y gestionar un activo o servicio destinado al uso público. Dentro de este esquema, el

¹ Umezawa, A. y Reaño, M. (2013). "Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias", *Revista De Derecho Administrativo*: (13): 54 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13467>

sector privado asume riesgos relevantes asociados al proyecto y su retribución económica depende directamente de los resultados obtenidos en función del desempeño pactado².

Cabe señalar que la definición de las APP varía en cada país, en función de su contexto normativo y económico. En el caso de Costa Rica, por ejemplo, a través de su Reglamento No. 39965, Reglamento para los Contratos de Colaboración Público-Privada, estos contratos se configuran cuando la Administración encarga a una persona jurídica privada, pública o mixta la ejecución de obras nuevas o la modernización de infraestructura. Estos incluyen diseño, construcción, operación y mantenimiento, asignando riesgos al colaborador y condicionando su retribución al cumplimiento de los niveles de desempeño pactados³.

En el caso de Perú, el marco normativo de las APP está regulado por el Decreto Legislativo No. 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, D.L No. 1362) y su reglamento. Dicha norma define a las APP como una "(...) modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados para garantizar niveles de servicio óptimos para los usuarios (...) "⁴.

1.2. Teoría de la asignación y distribución de riesgos en APP

2 Banco Interamericano de Desarrollo (2015), *Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe*, Módulo I: "Introducción a las asociaciones público-privadas. Unidad 1: Visión general de las APPs", , https://www.mef.gob.pe/contenidos/cafae/informativo/material/modulo1_unidad1.pdf.

3 Reglamento para los Contratos de Colaboración Público Privada, Decreto Ejecutivo N° 39965-H-MP (2016), Costa Rica.

4 Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (2018) Perú.

Estudiar las APP implica necesariamente analizar la asignación de riesgos. Es importante considerar que el éxito de un proyecto depende de una gestión eficaz de los riesgos, lo cual se evidencia en tres factores clave: el cronograma, la calidad y los costos. Cuando un proyecto se ejecuta dentro del plazo establecido, cumple con los estándares de calidad esperados y mantiene los costos dentro del presupuesto previsto, significa que los riesgos fueron asignados y gestionados adecuadamente en el momento oportuno⁵.

Además, esta característica constituye uno de los pilares del *project finance*, técnica predominante en este tipo de iniciativas, donde será la apropiada aplicación de principios de asignación de riesgos lo que determine si un proyecto APP pueda ser financiado por la banca y si podrá ser de larga duración⁶.

La adecuada distribución de riesgos es un elemento clave en la estructuración de proyectos APP. En el marco normativo peruano, estos criterios se encuentran definidos en los "Lineamientos para la asignación de riesgos en los Contratos de APP" (R.M. No.167-2016-EF/15), que establece un listado de los riesgos más relevantes del proyecto, presentes en dos etapas: i) diseño y construcción; ii) operación y mantenimiento. Entre ellos, el riesgo social ocupa un lugar destacado, ya que su gestión es fundamental para la aceptación y viabilidad del proyecto. Por ello, este artículo se redacta con el objetivo de analizar específicamente el riesgo social en las APP, abordando su tratamiento normativo, institucional y operativo.

Para comprender adecuadamente la relevancia de esta dimensión en el contex-

5 Cuba Meneses, E. G. (2024). "Nuevas perspectivas y tendencias sobre la asignación de riesgos contractuales en las Asociaciones Público-Privadas (APP)," *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* 32, <https://ijeditores.com/pop.php?idedicion=22260&idpublicacion=46&opcion=publicacion>.

6 BID, *Asignación de riesgos en Contratos de Asociaciones Público-Privadas (APP) en infraestructura de Transporte*, 2018, p. 9.

to de las APP, es necesario precisar qué se entiende por riesgo y cómo se gestiona. Por un lado, el riesgo se define como el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos⁷. Por otro lado, siendo los riesgos inherentes a todo proyecto, su gestión debe ser metodológica, a través de cuatro etapas:

i) La identificación es determinar qué riesgos principales pueden afectar el proyecto y documentar sus características⁸.

ii) La asignación recae en aquel quien esté más capacitado para eliminar, controlar, o mitigar el riesgo al menor costo posible, cuyas estrategias para gestionar los riesgos incluyen: evitar, transferir, compartir y retener los riesgos.

iii) La cuantificación del riesgo, que permite determinar el impacto de los costos del proyecto si los riesgos se materializan⁹.

iv) La mitigación del riesgo que limita, ya sea la ocurrencia o el impacto, en caso de que se materialice el riesgo.

En el caso peruano se reconoce expresamente la relevancia de la gestión de riesgos como parte estructural de la formulación de los proyectos APP. Así, el artículo 8 del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362¹⁰ establece que la fase de estructuración “comprende el diseño del proyecto como APP, incluida su estructuración económico-financiera, mecanismo de retribución, asignación de riesgos y diseño del contrato”. Esta disposición evidencia que el análisis y la distribución de riesgos no constituyen un aspecto accesorio, sino un componente central en la preparación de estos proyectos, reafirmando su rol como condición indispensable para la viabilidad jurídica, económica y financiera de las APP.

Una adecuada distribución de los riesgos consiste en asignar cada riesgo al actor

que esté en posición de manejarlo¹¹. Bajo esta lógica, el diseño contractual no puede desligarse de una adecuada estrategia de gestión de riesgos, especialmente en contextos como el peruano, donde los proyectos de infraestructura y servicios públicos están expuestos a elevados niveles de incertidumbre social, económica e institucional.

Finalmente, las APP representan un modelo de colaboración que ha evolucionado y se ha adaptado a diversos contextos, permitiendo combinar capacidades del sector público y privado para el desarrollo de infraestructura y servicios públicos. Además, cómo la clara identificación y asignación de riesgos entre las partes es fundamental para que la APP pueda generar ganancias de eficiencia y el valor por dinero que justifique su razón de ser¹². Bajo esta lógica, el riesgo social cobra especial relevancia, ya que su origen externo y su potencial de afectar la viabilidad de los proyectos exige una gestión conjunta y retos de ambas partes.

1.3. Riesgos sociales en el contexto de las APP: Marco teórico y normativo

El concepto de riesgo social en proyectos de inversión ha adquirido particular relevancia en el contexto de las APP, donde la interacción entre actores estatales, privados y comunidades locales genera dinámicas complejas. En el caso peruano, los Lineamientos de Gestión Social y Ambiental¹³ de la Agencia Nacional de Inversión Privada (“PROINVERSIÓN”) definen a los riesgos sociales como “situaciones manifiestas o percibidas en unidades sociales, territoriales, culturales y políticas que emiten señales de vulnerabilidad, que alertan sobre peligros y

11 Rozas Balbontín, P., Bonifaz, J. L. y Guerra-García, G. (2012) *El financiamiento de la infraestructura: propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial* (CEPAL), 12, <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/342dc655-9459-4278-97d3-2bb64f5f2ee5/content>.

12 Benavente, P., Távara, J. E. y Segura, A. (2017). *Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos* (Pontificia Universidad Católica del Perú), 28, <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/Las-APP-en-el-Peru-PUCP-1.pdf>.

13 Contenido en la Resolución de la Dirección Ejecutiva No. 042-2020, emitida el 25 de agosto de 2020.

7 Loc. cit.

8 Resolución Ministerial No. 167-2016-EF/15L. *Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de Asociaciones Público Privadas*, 2016.

9 Loc. cit.

10 Aprobado por Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

amenazas a la seguridad y modos de vida de la población”.

Este concepto resulta particularmente valioso por tres aspectos fundamentales: (i) reconoce tanto las situaciones objetivas como las percepciones subjetivas; (ii) enfatiza la multidimensionalidad del fenómeno (social, territorial, cultural y político); y (iii) vincula el riesgo con la vulnerabilidad de los modos de vida, lo que trasciende una visión meramente economicista del desarrollo.

En ese sentido, el riesgo social se refiere a la posibilidad de que un proyecto se vea afectado por la oposición o presión de la sociedad, ya sea por razones demográficas, culturales, económicas o políticas. Este tipo de riesgo se manifiesta cuando la opinión pública influye en decisiones gubernamentales que pueden alterar o paralizar un proyecto, especialmente en iniciativas de infraestructura a largo plazo¹⁴. En esencia, se trata del nivel de resistencia social que puede surgir y afectar la continuidad, ejecución o condiciones de un proyecto.

Los criterios de identificación señalados en los Lineamientos de Gestión Social y Ambiental de PROINVERSIÓN revelan un enfoque sistémico para el análisis de riesgos sociales, incluyendo, entre otros: (i) la presencia de actores políticos locales, que pueden influir en la percepción del proyecto; (ii) características culturales de la población, que determinan sus patrones de valoración y respuesta; (iii) densidad de presencia estatal, relacionada con la legitimidad institucional; (iv) niveles de pobreza, como factor de vulnerabilidad; y (v) características específicas de la inversión privada y el proyecto. Esta enumeración, aunque no exhaustiva, proporciona un marco analítico completo para la evaluación preliminar de riesgos.

De forma complementaria, Patiño señala que, las reacciones de rechazo a

proyectos de inversión suelen originarse en cuatro factores interrelacionados¹⁵: (i) desconocimiento de los beneficios sociales y económicos del proyecto por parte de la población; (ii) persistencia de creencias y prejuicios arraigados; (iii) atención inoportuna a problemas latentes; y (iv) falta de información sobre el avance del proyecto. Estos elementos destacan la importancia crítica de los procesos comunicacionales en la gestión de riesgos sociales, particularmente cuando, como señala el autor, existen deficiencias en las competencias del personal encargado, opacidad en la información proporcionada e ineficacia en los canales de diálogo establecidos.

En cuanto a la asignación de estos riesgos, si bien la normativa peruana no establece explícitamente que los riesgos sociales deban ser retenidos por el Estado, la práctica administrativa así lo ha entendido. Como demuestra el estudio del BID sobre APP en salud¹⁶, existen riesgos que, pese a no estar formalmente asignados, terminan siendo asumidos por el sector público debido a su naturaleza y alcance. El caso analizado por los autores es ilustrativo: proyectos que cumplían cabalmente con sus especificaciones técnicas pero fracasaban en su implementación por falta de personal calificado o baja demanda de servicios -riesgos que, por su vinculación con políticas públicas sectoriales, recayeron finalmente en el Estado. Esta experiencia regional confirma que ciertas categorías de riesgo social, particularmente aquellas relacionadas con la capacidad institucional y la aceptación comunitaria, son intrínsecamente estatales.

En el Perú, el artículo 30 del Reglamento de Organización y Funciones de PROIN-

15 Patiño Cornejo, R. L. (2015). “Gestión social en la inversión pública en infraestructura: licencia social y sostenibilidad,” comunicación presentada en el XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10–13 de noviembre. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F42A25B1A3873E-840525809500542C45/\\$FILE/paticor.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/F42A25B1A3873E-840525809500542C45/$FILE/paticor.pdf).

16 Astorga, I. et al., (2016). *10 años de Asociaciones Público-Privadas (APP) en salud en América Latina: ¿Qué hemos aprendido? Nota 4 de la serie de notas técnicas sobre asociaciones público-privadas en el sector de la salud en América Latina* (Banco Interamericano de Desarrollo).

14 Recabeitia, J. I. (2018). Asignación de riesgos en concesiones de agua y saneamiento en Latinoamérica, Serie Documentos de Trabajo, no. 648 (Buenos Aires: Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (UCEMA) <https://hdl.handle.net/10419/203789>).

VERSIÓN¹⁷, crea la Subdirección de Asuntos Sociales y Ambientales ("SASA"), una unidad técnica especializada en el análisis de los entornos sociales vinculados a los proyectos de inversión. Las funciones asignadas a la SASA pueden agruparse en tres categorías principales: (i) capacidades analítico-diagnósticas, (ii) facultades propositivas y (iii) competencias de coordinación. En el primer grupo destacan las funciones de análisis de impacto e identificación de riesgos, los cuales dotan a la unidad de herramientas para el diagnóstico de riesgos sociales. El segundo grupo incluye las facultades para proponer medidas de mitigación, lineamientos y acciones correctivas, estableciendo un marco de recomendaciones técnicas. El tercer grupo comprende las funciones de coordinación con otros niveles de gobierno y promoción del diálogo, con lo cual se reconoce el carácter multiactoral de la gestión social.

Al examinar estas tres categorías funcionales -diagnóstico, propuesta y coordinación- surge naturalmente la cuestión acerca de su articulación operativa. Si bien el marco normativo establece claramente las capacidades técnicas de la SASA, queda por analizar cómo estas se traducen en la práctica institucional, con especial énfasis en el tránsito desde las recomendaciones técnicas hasta su implementación efectiva en los proyectos APP.

1.4. La gestión de riesgos sociales en su marco procedimental y sus desafíos institucionales

Los Lineamientos de Gestión Social y Ambiental de PROINVERSIÓN establecen un adecuado marco procedimental que va desde la identificación técnica de riesgos hasta la implementación de medidas operativas. Ahora bien, su eficacia reside en la capacidad de las instituciones para traducir estos lineamientos en acciones concretas que generen impactos tangibles en la prevención y manejo de conflictos.

El procedimiento inicia con una fase diagnóstica a cargo de especialistas de la SASA, quienes elaboran un análisis del contexto sociopolítico, identifican actores clave y evalúan percepciones locales (literal b). Este insumo técnico deriva en el Plan de Gestión Social y Ambiental, que debería funcionar como puente entre el diagnóstico y la acción al definir estrategias, cronogramas y recursos específicos (literales c y d). Sin embargo, como advierte el BID, muchos países enfrentan dificultades para traducir estos instrumentos en prácticas efectivas, especialmente cuando existen "brechas entre las capacidades técnicas y la autoridad para implementar decisiones"¹⁸.

En el plano operativo, estos lineamientos establecen mecanismos de coordinación entre la SASA y otras unidades de PROINVERSIÓN, particularmente mediante la revisión y visto bueno de términos de referencia y documentos contractuales (literal g), así como a través de la emisión de opiniones técnicas sobre aspectos sociales en los instrumentos clave del proyecto (literal h). Estos dispositivos buscan garantizar que la dimensión social sea incorporada en las distintas fases del proyecto, desde su formulación hasta su contratación. No obstante, como sugiere la experiencia internacional, la mera existencia de estos mecanismos no garantiza su efectividad, especialmente cuando las unidades técnicas carecen de autoridad formal para incidir en decisiones estratégicas.

La comparación con estándares internacionales revela áreas potenciales de mejora. Un estudio del BID en 2017 enfatiza que "mejorar la capacidad institucional para manejar los conflictos proactivamente debería ser una prioridad de primer nivel para los gobiernos"¹⁹, recomendando medidas como la integración formal de procesos de consulta y la adopción de diseños participativos. En el caso peruano, si bien los Lineamientos mencionan la consulta previa (literal l) y la coordinación interinstitucional (literal k), no establecen con suficiente claridad los

17 Aprobado mediante Decreto Supremo N.º 185-2017-EF, publicado el 23 de junio del 2017, a través del cual se establece la estructura orgánica de PROINVERSIÓN.

18 Graham George Watkins, et al. (2017). *Lecciones de cuatro décadas de conflicto en torno a proyectos de infraestructura en América Latina y el Caribe* (Banco Interamericano de Desarrollo), 38.

19 Ibid.

recursos, plazos y responsabilidades específicas para su implementación efectiva.

Esta revisión sugiere que el caso peruano, pese a su solidez conceptual, enfrenta desafíos análogos a los identificados en otros contextos regionales: brechas entre el diagnóstico y la acción, limitaciones en la capacidad ejecutiva de las unidades técnicas, y necesidades de fortalecimiento institucional para la gestión proactiva de conflictos. El camino hacia una gestión más efectiva requerirá de combinaciones específicas de fortalecimiento institucional, mejoras regulatorias y desarrollo de capacidades técnicas especializadas²⁰, por lo que será necesario analizar situaciones concretas no solamente en el Perú, sino también en países de la región.

2. Análisis de Casos

1.1. El caso de la concesión vial Rutas de Lima y el “dilema de los peajes” (Perú)

Un caso ilustrativo que refleja la importancia de la gestión de riesgos sociales es el caso de la concesión vial autofinanciada de Rutas de Lima. Este proyecto, denominado *Vías Nuevas de Lima*²¹, fue suscrito en el año 2013 entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y la empresa Rutas de Lima S.A.C. mediante el cual se le otorga al concesionario el derecho al aprovechamiento exclusivo de los bienes de la concesión y el cobro de la tarifa por el derecho de paso en las unidades de peaje durante la vigencia de la concesión.

Al ser un proyecto de carácter autosostenible²², el mecanismo de compen-

sación sería cubierto por la recaudación de las unidades de peajes. En este tipo de concesiones viales, el derecho de explotación mediante el cobro de peajes constituye un elemento esencial para garantizar la recuperación de la inversión y la sostenibilidad económica del proyecto. Debido a ello, es necesario que el Estado garantice su ejercicio ininterrumpido²³.

Este contrato de concesión tuvo una serie de modificaciones²⁴ entre ellas el establecer como mecanismo de compensación una modificación del alza de tarifas (cláusula 10.7 del Contrato de Concesión), así como la implementación de la Nueva Unidad de Peaje Chillón (cláusula 10.3 del Contrato de Concesión), la cual debía producirse el 21 de diciembre de 2016.

Al respecto y como lo señala la Defensoría del Pueblo, en todo el iter contractual no se han desarrollado mecanismos de participación ciudadana, ni de difusión previa de los alcances, ni de su impacto en la población de Lima, debido a que la normativa de Asociaciones Público Privadas no prevé el desarrollo de actividades en ese sentido²⁵.

Posterior a la implementación de la Nueva Unidad de Peaje Chillón, específicamente los días 5 y 12 de enero de 2017 se produjeron masivas protestas sociales en rechazo a dicha medida, hechos que dieron lugar a la suspensión del cobro de las tarifas por concepto de peaje²⁶, hecho que fue respaldado por la Municipalidad Metropoli-

lo cobrado a los usuarios es suficiente para retribuir los costos de inversión, operación y mantenimiento.

Disponible https://rutasdelima.pe/wp-content/uploads/2018/11/contrato_concesion.pdf

23 Paz Sime, M. A. (2025). “El derecho de explotación en las concesiones de infraestructura vial en el Perú: relevancia, riesgos y casos críticos”, *Revista Themis* (87), p. 133-155,

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/31852>

24 Una Adenda de Bancabilidad, firmada el 13 de febrero de 2014, y treinta y un (31) acuerdos extracontractuales.

25 Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 003-2023-DP/AMASPP*. Julio 2023, Lima-Perú, p. 6

26 Defensoría del Pueblo, *Reporte de Conflictos Sociales N° 154*. Diciembre 2016, Lima-Perú, p.72

20 Ibid.

21 El Proyecto tiene como objetivo la integración de 23 distritos de la ciudad de Lima mediante autopistas y consta de tres tramos (i) Panamericana Norte; (ii) Panamericana Sur; y (iii) Ramiro Priale.

Disponible https://rutasdelima.pe/wp-content/uploads/2018/11/contrato_concesion.pdf

22 Los proyectos autosostenibles son aquellos que se estiman que generan ingresos suficientes para cubrir la inversión en la infraestructura y dar margen de ganancia al inversionista, cuando por ejemplo, cuando

tana de Lima quien optó por eliminar definitivamente el peaje²⁷.

Cabe precisar que el contrato de concesión establecía expresamente la obligación del concedente de subrogarse en el pago a cargo de los usuarios en caso de que protestas sociales impidiesen el cobro de peajes²⁸. Ante la negativa del concedente de cumplir esta obligación, Rutas de Lima inició un primer arbitraje, el cual concluyó con un laudo favorable a la concesionaria. En el segundo arbitraje²⁹ la situación se repitió, y nuevamente el Tribunal resolvió a favor de la concesionaria.

No obstante, la problemática del Peaje Chillón escaló a un ámbito judicial y constitucional. Siendo así, que en enero del 2024 el Séptimo Juzgado Civil de Lima mediante una medida cautelar dispuso la suspensión provisional de las cláusulas referidas al peaje y ordenó a la concesionaria abstenerse del cobro de los peajes, argumentando que el cobro vulneraba el derecho constitucional al libre tránsito al no existir rutas alternas gratuitas³⁰.

A su vez, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia N° 84/2024 señaló que la inexistencia de vías alternas configuraba una vulneración al derecho al libre tránsito y que debía suspenderse el cobro de peajes hasta que cesen los actos lesivos o se esclarezca la validez del contrato y sus adendas³¹.

27 Laudo Final: Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020, considerando 125. p. 18-19

28 Inciso i. del numeral 10.4 de la Cláusula X del Contrato de Concesión del Proyecto Vías Nuevas de Lima: "(...) el CONCEDENTE reconocerá al CONCESIONARIO un monto equivalente a la recaudación de las Tarifas de las Unidades de Peaje Existentes y/o de la Unidad Nueva de Peaje en Chillón, según corresponda, que el CONCESIONARIO no puede recaudar debido a dichos actos (...)".

29 Laudo Final: Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022.

30 Resolución N° 01, contenida en el Expediente 2608-2024-3, del 25 de enero de 2024.

31 Sentencia 84/2024 del Expediente N° 01072-2023-PHC/TC, del 08 de marzo de 2024.

Estos fallos reflejan un complejo escenario donde colisionan dos garantías constitucionales: por un lado, el principio de inmutabilidad de lo pactado en los contratos, que protege la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones;³² y, por otro, el derecho a la libertad de tránsito, que resguarda los intereses de los ciudadanos afectados por decisiones percibidas como injustas o carentes de legitimidad social.

Este caso constituye un punto de inflexión en la relación entre seguridad jurídica, interés público y gestión del riesgo social. Si bien los términos de un contrato deben cumplirse y el Estado tiene el deber de honrar lo pactado, el caso Rutas de Lima demuestra que la ausencia de mecanismos adecuados de participación y evaluación social puede desembocar en conflictos que comprometen la viabilidad económica del proyecto, genera inseguridad jurídica para la inversión privada en el país³³, pero sobre todo deteriora la confianza ciudadana en los esquemas de APP.

1.2. El caso de la concesión vial “Red Vial No. 4 Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry” (Perú)

Uno de los casos que merecen un análisis profundo, con relación al alcance de la reacción social y su relación con el financiamiento del proyecto es el de la Concesión Red Vial No. 4 Pativilca-Santa-Trujillo y Puerto Salaverry.

El 19 de febrero de 2009, Autopista del Norte S.A.C. (en adelante, “Aunor”) y el MTC suscribieron un Contrato de Concesión

32 Artículo 62°.- “(...) **Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.** Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

33 Rutas de Lima S.A.C., Comunicado institucional sobre inicio de proceso de liquidación por actos del Estado peruano, Lima, 30 de septiembre de 2025.

para la prestación del servicio de transporte de carretera. Al tratarse de una concesión autofinanciada, la caseta de Peaje Virú era la más importante fuente de ingreso para su sustento.

Sin embargo, en 2024, el Gobernador Regional de la Libertad y el alcalde de la provincia de Virú inauguraron una vía alterna que *“permitirá a los moradores de toda la provincia de Virú acceder a Puerto Morín sin pagar peaje”*³⁴. Lo que sucedió en el día a día fue que esta vía de acceso fue utilizada para que los vehículos de todo tipo evadan el pago del peaje. En resumen, la sociedad civil apoyada por una entidad del mismo Estado Peruano que suscribió el Contrato de Concesión, facilitó el incumplimiento de una de sus cláusulas³⁵.

Esta situación no solamente genera un efecto negativo hacia Aunor, sino también hacia las inversiones que proponga el Estado Peruano. En tal sentido, no se trataría estrictamente de un riesgo regulatorio, toda vez que no se produjo un impedimento de aprovechar la concesión a través de la emisión de una norma. Se trata de un riesgo social, puesto que requiere de la conducta de las personas, pero con la peculiaridad de que se condensa únicamente con una conducta del mismo concedente.

1.3. El caso de la Concesión Vial “Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander” (Colombia)

La problemática de la falta de asignación de riesgos sociales en proyectos de APP no se reduce únicamente al Perú. En el

año 2007, el Instituto Nacional de Concesiones de Colombia (INCO) y San Simón S.A., suscribieron un Contrato de Concesión en el que este último se comprometía a realizar *“todas aquellas actividades necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio y el correcto funcionamiento del Proyecto de Concesión Vial”*³⁶.

Esta ha sido una zona de constantes disputas por el establecimiento del peaje La Parada. Así, en agosto del 2007 se produjo una tensa relación entre los gobiernos de Colombia y Venezuela; por un lado, Colombia señaló que el monto del peaje La Parada era moderado y necesario para una mayor inversión en infraestructura vial. Sin embargo, desde Venezuela se cuestionó la falta de reciprocidad en el cobro del peaje, pues en la zona fronteriza venezolana el costo era mucho menor y en algunos casos, inexistente³⁷.

Este problema trajo consigo conflictos para los pobladores aledaños a la frontera en ambos países. En razón de ello, se produjo una serie de disturbios que terminaron con doce (12) heridos, vehículos incendiados y cuantiosos daños materiales³⁸. Frente a ello, el entonces presidente de Colombia, Álvaro Uribe, declaró que los peajes se mantendrían, ante el riesgo de exponer a su nación a una demanda por incumplimiento de contrato. Fue el Ministerio de Transportes³⁹, a través de una tarifa diferencial, quien puso fin a tal discusión.

36 De conformidad con el “Contrato de Concesión No. 006 para los estudios, diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, gestión social, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial “Área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander” celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones - INCO y la Sociedad San Simón S.A.” (en adelante, el “Contrato de Concesión - Cúcuta”).

37 IPS Noticias, “VENEZUELA-COLOMBIA: Bloqueo fronterizo sigue y se tiñe de sangre,” IPS Noticias, 2 de octubre de 2007, <https://ipsnoticias.net/2007/10/venezuela-colombia-bloqueo-fronterizo-sigue-y-se-ti-ne-de-sangre/>.

38 Caracol Radio, “Doce heridos y muchas pérdidas dejan los disturbios en la frontera”, Caracol Radio, 1 de octubre de 2007, https://caracol.com.co/radio/2007/10/01/nacional/1191261600_487277.html?outputType=amp.

39 Resolución No. 003694, de fecha 7 de setiembre de 2007

34 Gobierno de la República del Perú. Comienza construcción de carretera desde Santa Elena a Puerto Morín. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/regional/libertad/noticias/955447-comienzo-construccion-de-carretera-desde-santa-elena-a-puerto-morin>

35 Cláusula 8.1 del Contrato de Concesión Proyecto Red Vial No. 4: “La Explotación de los Tramos de la Concesión por el CONCESIONARIO constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el CONCESIONARIO recuperará la inversión como consecuencia de la prestación del Servicio”.

Años más adelante, en 2022, el Instituto Nacional de Vías (INVIAS), decidió aumentar la tarifa del peaje La Parada⁴⁰. Como respuesta a ello, se accionó judicialmente en contra de tal medida, siendo admitida por el Consejo de Estado, en contra no solo del cobro del peaje de La Parada, sino también solicitando su reubicación. Actualmente el proceso se encuentra en trámite, a la espera de una sentencia que ponga fin a la controversia⁴¹.

Recientemente, el 19 de febrero de 2025, el peaje La Parada fue destruido por un atentado terrorista presuntamente perpetrado por el Ejército de Liberación Nacional⁴². A pesar de que el Gobierno Colombiano inició los trabajos de reconstrucción de las instalaciones de La Parada, se produjo una tensa relación con la comunidad local, la cual inició medidas de protesta contra la reconstrucción del peaje. En virtud de una decisión administrativa y por razones de seguridad, a la fecha, el Peaje La Parada se encuentra suspendido⁴³.

Frente a este recuento histórico, es preciso analizar cuál fue la asignación de riesgos al momento de suscribir el contrato. Efectivamente, el Capítulo III “Asignación de riesgos y régimen de seguros y garantías del proyecto” del Contrato de Concesión - Cúcuta, determina la asunción de determinados tipos de riesgos: de construcción, de operación, comercial, de compra de predios, por obligaciones ambientales, entre otros.

Los riesgos sociales no fueron contemplados de ninguna forma dentro del Contrato de Concesión - Cúcuta. Y esto tuvo repercusión directa, inmediata y transversal en el desarrollo del proyecto.

Asociar los riesgos sociales netamente a quien asuma la carga del saneamiento de terrenos (componente expropiatorio) no basta para reducir la existencia de riesgos no asignados a las partes. En este caso, debió haberse previsto el factor territorial, en tanto que el comercio entre países fronterizos fue, durante mucho tiempo, un motor de impulso para tal región. Además, debió estimarse adecuadamente el beneficio del cobro del peaje a la ciudadanía, máxime si el establecimiento de peajes siempre es un foco de desacuerdos sociales en los proyectos de inversión.

Tampoco los riesgos ambientales resultan suficientes para abarcar los riesgos sociales. Sería inadecuado hacer una equivalencia entre tales tipos de riesgos, pues como lo señala el mismo Contrato de Concesión, *“el riesgo contractual por obligaciones ambientales se refiere a obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas durante la construcción, rehabilitación, mejoramiento y operación del proyecto”*. Los riesgos sociales tienen una naturaleza cambiante y evolutiva, por la misma naturaleza del factor social. En suma, la falta de regulación del riesgo de tipo social ha generado que la conflictividad social no solo se mantenga en el tiempo, sino que vaya en aumento.

3. Lecciones aprendidas y propuestas para la adecuada gestión de riesgos sociales

1.1. Hallazgos comunes y lecciones aprendidas

4.1.1. Primera lección: la gestión reactiva de los riesgos sociales incrementa el costo y la conflictividad.

40 Caracol Radio, “Consejo de Estado acepta demanda contra peaje de Villa del Rosario en frontera,” Caracol Radio, 20 de diciembre de 2022, <https://caracol.com.co/2022/12/20/consejo-de-estado-acepta-demanda-contrapeaje-de-villa-del-rosario-en-frontera/>.

41 Proceso judicial tramitado ante el Consejo de Estado de Colombia, con número de radicación: 11001032400020220040700 (actualmente en trámite).

42 France 24, “Escalada de violencia en Colombia: ataque destruye un peaje en la frontera con Venezuela,” France 24, 20 de febrero de 2025, <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20250220-escalada-de-violencia-en-colombia-ataque-destruye-un-peaje-en-la-frontera-con-venezuela>.

43 Márquez, J. (2025). «Ordenan suspender obra de reconstrucción del peaje La Parada,» Caracol Radio, 26 de febrero, <https://caracol.com.co/2025/02/26/ordenan-suspender-obra-de-reconstruccion-del-peaje-la-parada/>.

En los tres casos analizados, las medidas frente a los impactos sociales se adoptaron de manera tardía, cuando el conflicto ya se encontraba en curso. Esta respuesta reactiva generó mayores costos económicos, institucionales y reputacionales, afectando la continuidad de los proyectos y la confianza ciudadana. En Rutas de Lima, por ejemplo, la falta de mecanismos de participación y comunicación previa sobre la instalación del Peaje Chillón desembocó en protestas masivas y procesos judiciales que comprometieron la ejecución contractual. De modo similar, en la Red Vial N.º 4, la ausencia de una gestión anticipada del malestar local permitió que autoridades regionales impulsaran una vía alterna que desnaturalizó el esquema financiero del contrato. En Cúcuta, la falta de previsión sobre las tensiones sociales y territoriales derivadas del peaje La Parada provocó disturbios y la paralización recurrente del proyecto.

Como advierte el BID⁴⁴, la mitigación de los riesgos sociales debe iniciarse desde la etapa de preinversión, con diagnósticos tempranos que permitan identificar factores de conflicto y diseñar estrategias de gestión adecuadas. La experiencia demuestra que la planificación social tardía no solo encarece los proyectos, sino que también debilita su legitimidad. Por tanto, incorporar de manera proactiva la evaluación social en las fases iniciales de los proyectos de APP resulta esencial para garantizar su viabilidad y sostenibilidad⁴⁵. En los tres casos, las medidas frente a los impactos sociales se implementaron cuando el conflicto ya había estallado o estaba avanzado. Esto se tradujo en pérdida de legitimidad del proyecto y mayores costos institucionales y económicos. En el caso de la Línea 2, por ejemplo, la ausencia de un plan de reasentamiento desde el inicio generó juicios de expropiación, protestas y un

arbitraje internacional. Estos desenlaces podrían haberse evitado mediante una identificación temprana de riesgos sociales y una planificación proactiva.

4.1.2. Segunda lección: el Estado no puede externalizar su rol como garante de derechos

Una práctica recurrente en las APP es que el Estado asume responsabilidades sociales en el papel —por ejemplo, la liberación de predios o la realización de consulta previa—, pero no cuenta con los recursos ni la voluntad política para cumplirlas de manera oportuna y efectiva. Esta brecha entre lo normativo y lo operativo genera vacíos que son llenados, en el mejor de los casos, por los concesionarios, y en el peor, por la judicialización y el conflicto. Se requiere que el Estado ejerza un rol activo, no solo como regulador, sino también como articulador territorial e interlocutor legítimo frente a las comunidades.

Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú⁴⁶: el sujeto obligado por el derecho a la consulta previa es el Estado, teniendo el deber de garantizar y de desarrollarlo, ya sea con la promoción de procedimientos adecuados, medidas administrativas y legales. En el mismo sentido se ha pronunciado en el año 2007 la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam⁴⁷.

De igual forma, en el caso de la liberación de terrenos, como supuesto de intervención del derecho de propiedad, constitucionalmente se ha previsto un remedio para los expropiados: el pago del justiprecio. A fin de evitar conflictos sociales, el Estado se encuentra obligado a indemnizar con anterioridad y totalmente al titular del derecho de propiedad privada, por el daño que no tenía

44 . Acevedo-Daunas, R., Sosa, M., González, D. y Partridge, W.L. (2017). *Manual de gestión social* (Banco Interamericano de Desarrollo), 23, <https://doi.org/10.18235/0000755>.

45 Morales Neira, M. L., Ramírez Torres, G. L. y Romano Rebolledo, L. R. (2009). "Distribución del riesgo en el contrato de construcción: perspectiva internacional," *Revista e-Mercatoria* 8, n° 2: 12, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercart/article/view/2032>.

46 Sentencia del Expediente. No. 02783-2021-AA/TC; f.j. 13.

47 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam de fecha 28 de noviembre de 2007; f.j. 137.

el deber de soportar⁴⁸.

Como lo evidencian los casos analizados, esta lección trasciende el ámbito jurídico para convertirse en un imperativo de gestión pública: solo mediante una presencia estatal efectiva como articulador territorial y garante de derechos pueden construirse APP socialmente sostenibles.

4.1.3. Tercera lección: la falta de alineamiento entre niveles de gobierno y sectores del Estado genera disfuncionalidad.

Los casos analizados demuestran consistentemente que la falta de alineamiento entre niveles de gobierno y sectores estatales constituye un factor crítico en la materialización de riesgos sociales en proyectos de APP. Como establece la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública (PNMG-P)⁴⁹, "la limitada capacidad de gestión interna para generar servicios de calidad" representa uno de los principales obstáculos para una gestión pública efectiva. Esta situación se agrava en contextos de institucionalidad débil, donde, como señala Villanueva, las capacidades estatales tienden a ser particularmente deficientes.⁵⁰

El diagnóstico de la Secretaría de Gestión Pública en 2020 revela un problema estructural: diseños organizacionales desarticulados que, en lugar de facilitar el cumplimiento de las funciones estatales, terminan por obstaculizarlas⁵¹. Este fenómeno se manifiesta en la creación de órganos que no responden a necesidades territoriales específicas ni al marco normativo vigente, gen-

erando ineficiencias que impactan directamente en la ciudadanía.

En el caso de Rutas de Lima, la falta de coordinación entre la Municipalidad Metropolitana y otras instancias del Estado impidió implementar medidas de diálogo y prevención antes del estallido de las protestas por el peaje Chillón, lo que agravó la confrontación entre ciudadanía y concesionario. De manera similar, en la Red Vial N.º 4, la intervención del Gobierno Regional de La Libertad en la habilitación de una vía alterna, sin coordinación con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ni con el concesionario, afectó directamente el equilibrio económico-financiero del contrato. Estos episodios reflejan cómo la fragmentación del Estado puede socavar la estabilidad jurídica de los proyectos y debilitar la confianza en el modelo de APP.

Como advierte Chessman, en la gestión de proyectos de colaboración público-privada resulta esencial una coordinación intergubernamental efectiva⁵². Sin mecanismos de articulación territorial y sectorial, incluso proyectos técnicamente sólidos pueden enfrentar demoras, litigios o pérdida de legitimidad social. Por ello, fortalecer los canales formales de cooperación entre los distintos niveles del Estado es una condición indispensable para prevenir conflictos y garantizar la sostenibilidad de las APP.

4.1.4. Cuarta lección: la participación comunitaria no debe limitarse a informar, sino a construir legitimidad.

En los tres casos analizados, las comunidades locales sintieron que las decisiones ya estaban tomadas cuando fueron convocadas, lo que generó desconfianza y resistencia. La experiencia muestra que los procesos de participación son más eficaces cuando

48 Huapaya Tapia, R. A. y Sánchez Povis, L. A. (2016). "El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales," *THEMIS Revista de Derecho* 69 : 101, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16753>.

49 Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2030. 2022. *Presidencia del Consejo de Ministros, Secretaría de Gestión Pública - SGP*.

50 Villanueva, L. F. A. (Ed.). *La implementación de las políticas* (Porrua, 2007), 35.

51 Secretaría de Gestión Pública (2020). Servicio para la elaboración de modelos de organización de Municipalidades Distritales.

52 Chessman Olachea, Y. A. (2022). "Los mecanismos de articulación y coordinación intergubernamental de políticas nacionales y territoriales en el Perú," *IUS ET VERITAS*, n.º 65: 24-40, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.002>.

se conciben como espacios de deliberación genuina, donde las comunidades pueden incidir en decisiones sustantivas, como la localización del proyecto, la forma de compensación o el acceso a beneficios. No se trata solo de prevenir conflictos, sino de generar valor compartido, no siendo las APP un fin en sí mismo, sino un mecanismo para lograr un objetivo social⁵³.

Como se ha señalado, las APP se basan en un enfoque que valora el bienestar generado en toda la vida del proyecto⁵⁴. Esto implica que el bienestar social constituye el eje central de esta modalidad contractual, dado que los proyectos priorizados son aquellos con mayor impacto en el bienestar de la población y que además contribuyen a reducir las brechas y disparidades sociales.

En ese sentido, la adecuada gestión de los riesgos sociales en las APP exige superar enfoques reactivos y reconocer que estos riesgos son dimensiones estructurales del proyecto, no externalidades. La evidencia muestra que la falta de planificación social temprana, la delegación indebida del rol estatal y la débil coordinación intergubernamental generan altos costos y conflictos. Asimismo, la participación comunitaria debe ser auténtica, permitiendo incidencia real en las decisiones. Solo articulando eficiencia técnica con legitimidad social será posible garantizar la sostenibilidad y éxito de las APP en contextos complejos.

1.2. Propuestas para una gestión adecuada

En primer lugar, se requiere un ajuste normativo y contractual que permita incorporar de manera explícita en los contratos de APP cláusulas relativas a la gestión de riesgos sociales, la consulta previa, los mecanismos de compensación y la resolución de disputas. Estas disposiciones deben tener carácter vinculante y asignar responsabilidades diferenciadas entre el Estado y el concesion-

ario, reconociendo que no todos los riesgos pueden o deben ser transferidos. De este modo, se busca cerrar la brecha existente entre el diseño técnico-legal de los proyectos y las dinámicas sociales que enfrentan en su implementación.

En segundo lugar, se requiere fortalecer las capacidades estatales y articular efectivamente el territorio. Para ello, es fundamental crear unidades especializadas en gestión social dentro de las entidades promotoras de APP y establecer mecanismos formales de coordinación entre niveles de gobierno y sectores del Estado, con un enfoque territorial e intercultural. En contextos rurales o indígenas, donde la fragmentación institucional agrava los conflictos, resulta aún más crítico incorporar la gestión social y ambiental en todas las etapas del proyecto, de manera preventiva y predecible, empleando estrategias de socialización basadas en la confianza y el enfoque intercultural, e involucrando al sector pertinente desde el diseño de las intervenciones sociales⁵⁵. En efecto, el autor Rodríguez-Arana ha destacado que, la participación privada en proyectos de interés general, a través de marcos normativos de APP, puede generar réditos económicos y sociales significativos cuando se adapta a las realidades concretas (institucionales y territoriales). En tales casos, estas alianzas no solo impulsan el desarrollo económico, sino que también contribuyen a mejorar las condiciones de vida de los usuarios de la infraestructura involucrada⁵⁶.

Por último, es clave el diseño de mecanismos de participación auténticos y de distribución equitativa de beneficios. La participación no debe limitarse a instancias informativas o rituales, sino concebirse como un proceso temprano, continuo y con capacidad de incidencia real en las decisiones del proyecto. En esa línea, se propone la

53 Benavente, Escaffi, Távara y Segura, *Las Alianzas Público-Privadas...*, 12.

54 Ibid., p. 67.

55 PROINVERSIÓN (Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú), *Lecciones aprendidas: Segundo semestre del año 2019* (Lima: Subdirección de Gestión del Conocimiento, 2019), 26.

56 Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2023). "Los puertos y el derecho de las infraestructuras," *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance* 7, no. 26 (julio-septiembre): 191, <https://doi.org/10.48143/RDA.26.munoz>.

creación de fondos de desarrollo local asociados a cada iniciativa, administrados de manera transparente y con participación directa de las comunidades. Estos fondos permitirían canalizar beneficios tangibles hacia las poblaciones más directamente afectadas, contribuyendo a equilibrar la relación entre costo social y retorno del proyecto.

Más allá de los mecanismos contractuales, la gestión de los riesgos sociales en las APP representa también una oportunidad para promover un modelo de desarrollo local basado en la participación activa de la ciudadanía en la planificación, ejecución y evaluación de los proyectos. En ese sentido, como sostiene Francisco de Oliveira, el verdadero desarrollo local exige la creación de “un locus interactivo de ciudadanos, recuperando la iniciativa y la autonomía en la gestión del bien común”, superando la distancia entre gobernantes y gobernados que caracteriza a las democracias modernas⁵⁷. Así, integrar la dimensión participativa en las APP no solo fortalecería la legitimidad de los proyectos, sino que contribuiría a consolidar una gobernanza territorial más democrática y sostenible.

En suma, gestionar adecuadamente los riesgos sociales en APP no es únicamente una tarea técnica o contractual, sino una apuesta política por construir legitimidad y sostenibilidad a largo plazo. La evidencia muestra que cuando el Estado actúa de manera fragmentada, sin capacidades territoriales ni mecanismos genuinos de participación, los conflictos son inevitables. Frente a ello, la propuesta es clara: es imprescindible fortalecer la dimensión social como eje central del ciclo de vida de las APP.

4. Conclusiones

Los casos analizados confirman la

hipótesis planteada: en las concesiones viales autofinanciadas, los riesgos sociales y los riesgos de demanda se encuentran estrechamente vinculados. La conflictividad social reduce la demanda efectiva, altera los flujos económicos y debilita la legitimidad institucional del modelo concesional. La normativa peruana, al priorizar los riesgos técnicos y financieros, ha dejado en segundo plano la gestión social, lo que limita la capacidad del Estado y de los concesionarios para anticipar y mitigar conflictos. Por ello, resulta indispensable incorporar cláusulas específicas sobre gestión social, mecanismos de participación y compensación en los contratos de APP, asignando responsabilidades de manera diferenciada según las capacidades reales de cada parte.

El fortalecimiento institucional y la coordinación intergubernamental son condiciones esenciales para reducir los riesgos sociales. Los casos de Rutas de Lima y Aunor demuestran que la falta de alineamiento entre niveles de gobierno y la ausencia de mecanismos efectivos de diálogo agravan los conflictos y generan inseguridad jurídica. A su vez, la experiencia de Cúcuta evidencia que, sin una gestión territorial sensible y oportuna, los proyectos pueden enfrentarse a paralizaciones prolongadas y pérdida de legitimidad social.

La participación ciudadana, entendida como un proceso continuo y no meramente informativo, debe constituir un eje transversal de la planificación de las APP. Los espacios de diálogo temprano permiten identificar percepciones locales, equilibrar intereses y construir confianza, evitando que el conflicto social se transforme en un riesgo económico o político.

En contextos donde el Estado enfrenta limitaciones presupuestarias y demanda creciente de infraestructura, las APP constituyen un instrumento clave para la colaboración entre gobierno, sector privado y sociedad. Como sostienen Ortiz y Alvarado, estos mecanismos permiten atender necesidades sociales inmediatas sin sobrecargar al Estado con responsabilidades que no puede cum-

57 De Oliveira, F. (2002). “Aproximações ao enigma: que quer dizer desenvolvimento local?”, en *Nos contornos da gestão local: conceitos em construção*, ed. Peter Spink et al. (São Paulo: Polis; Programa Gestão Pública e Cidadania/FGV-EAESP), 13.

plir plenamente⁵⁸. Sin embargo, su éxito depende de una gestión coherente y fortalecida de los riesgos sociales, capaz de articular legitimidad, sostenibilidad y eficiencia.

En suma, reconocer y gestionar los riesgos sociales como parte estructural del ciclo de vida de las APP es condición necesaria para equilibrar la promoción de inversiones con la protección de derechos. Solo mediante una gestión social temprana, una institucionalidad sólida y una participación ciudadana efectiva será posible consolidar proyectos de infraestructura sostenibles, legítimos y económicamente viables.

5. Referencias

Doctrina

Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN). Lecciones aprendidas: Segundo semestre del año 2019. Lima: Subdirección de Gestión del Conocimiento, 2019.

Angie Umezawa y Maria Reaño. "Evolución de las Asociaciones Público Privadas – APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias". Revista De Derecho Administrativo 13 (2013): 54. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho-administrativo/article/view/13467>.

Astorga, P., et al. (2016) *10 años de Asociaciones Público-Privadas (APP) en salud en América Latina: ¿Qué hemos aprendido?*. Nota Técnica IDB-TN-1113. Banco Interamericano de Desarrollo.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Asignación de riesgos en Contratos de Asociaciones Público-Privadas (APP) en infrae-

structura de Transporte. 2018.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). *Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe, Módulo I: "Introducción a las asociaciones público-privadas. Unidad 1: Visión general de las APPs"*. 2015. https://www.mef.gob.pe/contenidos/cafae/informativo/material/modulo1_unidad_1.pdf.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Manual de Gestión Social. Dirección de Gestión Socioambiental, 2017.

Benavente, P., Escaffi, J., Segura, A., y Távora, J. (2017) Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú.

Chessman Olaechea, Y. A.(2022). "Los mecanismos de articulación y coordinación intergubernamental de Políticas Nacionales y Territoriales en el Perú." IUS ET VERITAS, núm. 65: 24–40.

Defensoría del Pueblo, *Reporte de Conflictos Sociales N° 154*. Diciembre 2016, Lima-Perú.

Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 003-2023-DP/AMASPP*. Julio 2023, Lima-Perú.

Cuba Meneses, E. G. (2024). "Nuevas perspectivas y tendencias sobre la asignación de riesgos contractuales en las Asociaciones Público-Privadas (APP)." *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica* 32 :.<https://ijeditores.com/pop.php?idedicion=22260&idpublicacion=46&option=publicacion>.

Huapaya & Sánchez. (2016). El régimen jurídico de la expropiación forzosa en el ordenamiento administrativo peruano. Evolución normativa y perspectivas actuales. Themis Revista de Derecho.

58 L. A. Ortiz Zamora y G. Alvarado León (2021) "Regulación para la competencia en el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica. Un cambio de paradigma," Revista de Derecho Administrativo 20 : 66, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/25201>.

Laudo Final: Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2022.

Laudo Final: Rutas de Lima S.A.C. v. Municipalidad Metropolitana de Lima, 2020.

Paz Sime, M. A. (2025). "El derecho de explotación en las concesiones de infraestructura vial en el Perú: relevancia, riesgos y casos críticos", *Revista Themis* (87), p. 133-155

Morales Neira, M. L., Ramírez Torres, G. L y Romano Rebolledo, L. E. (2009). "Distribución del riesgo en el contrato de construcción: perspectiva internacional." *Revista e-Mercatoria* 8, nº 2 : 1-25. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercaria/article/view/2032>.

De Oliveira, F. . (2002) "Aproximações ao enigma: que quer dizer desenvolvimento local?" En *Nos contornos da gestão local: conceitos em construção*, editado por Peter Spink et al., 13. São Paulo: Polis; Programa Gestão Pública e Cidadania/FGV-EAESP.

Patiño Cornejo, R. L. (2015). "Gestión social en la inversión pública en infraestructura: licencia social y sostenibilidad." Ponencia presentada en el XX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y Administración Pública, Lima.

Recabeitia, J. I. (2018). Asignación de riesgos en concesiones de agua y saneamiento en Latinoamérica. Serie Documentos de Trabajo, no. 648. Buenos Aires: Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (UCEMA). <https://hdl.handle.net/10419/203789>.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2023). "Los puentes y el derecho de las infraestructuras." *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance* 7, no. 26 (julio-septiembre): 185-212. São Paulo: Ed. RT. <https://doi.org/10.48143/RDA.26.munoz>.

Rozas Balbontín, P.; Bonifaz, L., y Guerra García, G. (2012). El financiamiento de la infraestructura: propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial. CEPAL.

Ortiz Zamora, L. A., y G. Alvarado León. (2021). "Regulación para la competencia en el mercado de las telecomunicaciones en Costa Rica. Un cambio de paradigma." *Revista de Derecho Administrativo* 20: 46-67. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/25201>.

Villanueva, L. F. A., ed. La implementación de las políticas. Porrúa, 2007.

Watkins, G. G., et al. (2017). Lecciones de cuatro décadas de conflicto en torno a proyectos de infraestructura en América Latina y el Caribe.

Fuentes Periodísticas

Caracol Radio. "Consejo de Estado acepta demanda contra peaje de Villa del Rosario en frontera." *Caracol Radio*, 20 de diciembre de 2022. <https://caracol.com.co/2022/12/20/consejo-de-estado-acepta-demanda-contra-peaje-de-villa-del-rosario-en-frontera/>.

Caracol Radio. Doce heridos y muchas pérdidas dejan los disturbios en la frontera. 1 de octubre de 2007.

Defensoría del Pueblo, *Reporte de Conflictos sociales* No. 253, marzo del 2025.

<https://www.google.com/url?q=https://www.defensoria.gob.pe/documentos/reportes-de-conflictos-sociales-no-253-marzo-2025/&sa=D&source=docs&ust=1746019347688354&usg=AOvVaw3p-0QCEtsMy6N-LkuSSM7zy>

France 24. "Escalada de violencia en Colombia: ataque destruye un peaje en la

frontera con Venezuela." *France 24*, 20 de febrero de 2025. <https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20250220-escala-da-de-violencia-en-colombia-ataque-de-struye-un-peaje-en-la-frontera-con-venezuela>.

de setiembre de 2024.

Gobierno de la República del Perú. Comienza construcción de carretera desde Santa Elena a Puerto Morín. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/regional/libertad/noticias/955447-comienza-construccion-de-carretera-desde-santa-elena-a-puerto-morin>

Inter Press Service Noticias. "VENEZUELA-COLOMBIA: Bloqueo fronterizo sigue y se tiñe de sangre." *IPS Noticias*, 2 de octubre de 2007. <https://ipsnoticias.net/2007/10/venezuela-colombia-bloqueo-fronterizo-sigue-y-se-tine-de-sangre/>.

Márquez, J. (2025). "Ordenan suspender obra de reconstrucción del peaje La Parada." *Caracol Radio*, 26 de febrero de 2025. <https://caracol.com.co/2025/02/26/ordenan-suspender-obra-de-reconstruccion-del-peaje-la-parada/>.

Resolución N° 01 del Séptimo Juzgado Civil Subespecialidad en lo Comercial, contenida en el Expediente 2608-2024-3, del 25 de enero de 2024.

Secretaría de Gestión Pública (Perú). Servicio para la elaboración de modelos de organización de Municipalidades Distritales. 2020.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. 28 de noviembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 01072-2023-PHC/TC, del 08 de marzo de 2024.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Expediente No. 02783-2021-AA/TC. 23

LA NATURALEZA JURÍDICA LA EDUCACIÓN SUPERIOR PRIVADA.

*THE LEGAL NATURE OF PRIVATE HIGHER
EDUCATION.*

LUIS A. ORTIZ ZAMORA

- Profesor de grado y posgrado en la Universidad Escuela Libre de Derecho, así como del Curso de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid y de los cursos de Derecho de la Universidad de Salamanca.
- Autor de varios libros y artículos en revistas jurídicas especializadas.
- Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA) y ex presidente de la Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER), entre otros.
- Socio de BLP Legal.



LA NATURALEZA JURÍDICA LA EDUCACIÓN SUPERIOR PRIVADA.

THE LEGAL NATURE OF PRIVATE HIGHER EDUCATION.

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es analizar la naturaleza jurídica de la educación superior privada en Costa Rica, demostrando que no constituye un servicio público, sino una actividad privada de interés público, regulada por ley formal y bajo principios de proporcionalidad y razonabilidad. El estudio abarca el marco constitucional y legal aplicable, diferenciando entre la libertad de enseñanza y el régimen de servicio público, así como la coexistencia con universidades públicas. Se utilizó una revisión doctrinal, jurisprudencial y normativa, considerando artículos constitucionales (28, 45, 46, 50, 55, 73, 78, 79, 80, 84 y 85) y leyes como la de Creación del CONESUP. Los principales resultados son que: i) La educación superior privada es un derecho fundamental sometido a autorización previa y simple inspección estatal, no a control ni concesión. ii) Se caracteriza por ser una actividad privada, dirigida al público, con interés general, bajo régimen reglamentario especial. iii) No le resulta aplicable la Ley General de la Administración Pública ni el bloque de legalidad. En conclusión, las universidades privadas ejercen la libertad de enseñanza por derecho propio, sin delegación estatal. La regulación debe ser excepcional, proporcional y mediante ley formal, preservando el contenido esencial de los derechos fundamentales. Existe una dualidad: universidades públicas prestan un servicio público asistencial, mientras que las privadas desarrollan una actividad privada de interés público.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the legal nature of private higher education in Costa Rica, demonstrating that it does not constitute a public service, but rather a private activity of public interest, regulated by formal law and under principles of proportionality and reasonableness. The study covers the applicable constitutional and legal framework, differentiating between the freedom of teaching and the public service regime, as well as the coexistence with public universities. A doctrinal, jurisprudential, and regulatory review was used, considering constitutional articles (28, 45, 46, 50, 55, 73, 78, 79, 80, 84, and 85) and laws such as the CONESUP Creation Law. The main results are: (i) Private higher education is a fundamental right subject to prior authorization and simple state inspection, not to control or concession. (ii) It is characterized as a private activity, directed to the public, with general interest, under a special regulatory regime. (iii) The General Law of Public Administration and the legality block do not apply to it. In conclusion, private universities exercise the freedom of teaching by their own right, without state delegation. Regulation must be exceptional, proportional, and through formal law, preserving the essential content of fundamental rights. There is a duality: public universities provide an assistential public service, while private ones develop a private activity of public interest.

PALABRAS CLAVES

"Educación superior privada", "actividad privada de interés público", "servicio público", "servicio público impropio", "libertad de enseñanza", "CONESUP", "inspección estatal", "autorización", "regulación", "derechos fundamentales", "universidades públicas", "uni-

versidades privadas", "dualidad del sistema educativo", "principio de reserva de ley", "principio de legalidad".

KEYWORDS

"Private higher education", "private activity of public interest", "public service", "improper public service", "freedom of teaching", "CONESUP (National Council of Private Higher Education)", "state inspection", "authorization", "regulation", "fundamental rights", "public universities", "private universities", "duality of the educational system", principle of statutory reservation", principle of legality".

SUMARIO

I. Introducción II. Naturaleza Jurídica De La Educación Superior Privada a. Noción De Servicio Público b. El Servicio Público Impropio III. Conclusión: La Enseñanza Superior Privada Es Una Actividad Privada De Interés Público Que No Debe Confundirse Ni Es Asimilable Al Régimen Jurídico Del Servicio Público.

I. Introducción

En un país donde, la creación de la primera universidad privada "fue toda una odisea que rompió un monopolio que estaba "hundido hasta los tuétanos" en la población porque ésta, más que "domesticada" como decía Figueres, había estado catequizada en favor del estatismo¹, y en el que, las variadas interpretaciones de la Constitución Política han "convertido a la inspección en una rémora que no le permite a las universidades privadas desplegar plenamente sus alas y volar libremente para poder llegar a alcanzar los niveles de desarrollo que el país requiere"², resulta de la mayor importancia

tener claridad sobre cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la educación superior privada y, consecuentemente, de los límites que tiene el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Privada (CONESUP) en el ejercicio de su función de inspección.

Y es que, a simple vista, cualquiera podría pensar que la denominación, carácter o naturaleza que le demos a la educación superior privada es algo inocuo desde el punto jurídico y, consecuentemente, pura semántica. No obstante, si se para mientes en que, bajo la falsa premisa de que la educación superior privada es un servicio público el CONESUP ha concluido que su prestación "no es discrecional por parte de las Universidades", "debe cumplir con todo el bloque de legalidad", "le resulta aplicable la Ley General de la Administración Pública" y, peor aún, que con base en meras circulares puede limitarles derechos a las universidades privadas, entonces sí que la naturaleza jurídica de esta actividad adquiere enorme importancia.

En efecto, la naturaleza jurídica de una actividad no es un tema de poca monta ni mucho menos, pues basta comprender las implicaciones jurídicas que tiene declarar que una determinada actividad es servicio público para caer en cuenta del enorme impacto que tiene en los derechos fundamentales de reserva de ley, autonomía de la voluntad, iniciativa privada, empresa, competencia y elección, además de – en el caso concreto de la educación superior privada – las libertades de enseñanza y cátedra. Por esto y más conviene dejar en claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la educación superior privada, a fin de tener también claridad sobre cuál es el régimen jurídico que le resulta aplicable, habida cuenta que algunos, a veces, "quieren convertirse en árbitros del prójimo."³

II. Naturaleza Jurídica De La Educación Superior Privada

1 VALVERDE BARRENECHEA, C. (2002). *Semblanza*. En la obra colectiva: "Ensayos en honor a Alberto Di Mare". San José: Academia de Centroamérica, pág. 19.

2 GUERRERO PORTILLA, R. (2024). *La inspección estatal a la libertad de enseñanza universitaria privada: su origen y concepto constitucional*. En la obra colectiva: "La Constitución

75 Años Después." San José: Universidad Escuela Libre de Derecho, 2024, pps. 689-732.

3 MALAVASSI VARGAS, J. G. (1986). *Verba Facere*. San José: Universidad Autónoma de Centroamérica, 1986, pág. 67.

a. Noción De Servicio Público

A partir de la declaración de una actividad como servicio público, las libertades económicas del particular quedan prácticamente anuladas, de ahí que uno de los mejores juristas de Francia haya señalado con acierto que: "El servicio público, en sí mismo, constituye una amenaza para las libertades públicas, es decir, para la capacidad de los ciudadanos de aquellas esferas de actividad que les pertenecen como propias."⁴

Es justamente por ello que, cuando el Estado delega la prestación de un servicio público a un privado por medio de concesión, las potestades de la Administración pública ya no derivan solamente de la norma, sino de la propia declaración concesional que confiere a la autoridad concedente un poder general y continuado de modelización interna de la actividad. Por el contrario, en relación con la tutela de las actividades privadas, por más interés público que pueda estar imbuido en ellas, a la Administración – en este caso al CONESUP - únicamente se le confieren las competencias previstas en una norma, que además, por derivación de los artículos 28 de la Constitución Política, 12.2, 18, 19 y 124 de la Ley General de la Administración Pública, debe tener rango de ley formal - por lo que en ningún caso ostenta una potestad configuradora interna; o lo que es igual, no puede intervenir individualmente en el ejercicio de la actividad para cambiar algo de su contenido jurídico, en el tanto que todas las modificaciones debe hacerlas siempre desde afuera, es decir, por vía general y por tanto normativa. Ello así, la gran diferencia entre ambos conceptos estriba en que, cuando se es mero gestor de un servicio público, se baila al compás del son que dicta la Administración delegante, mientras que, cuando se trata de actividades privadas de interés público, en las que preexiste un derecho subjetivo del agente económico para ejercer la actividad, todo ello debe ser

analizado bajo la óptica de la regulación de derechos fundamentales del particular que no existen propiamente cuando se es concesionario de un servicio público ante el cual no se tiene derecho preexistente alguno.⁵

En el ordenamiento jurídico costarricense, ni la Constitución Política ni las leyes ofrecen una definición de servicio público. Con todo, quizás sea el inciso a) del artículo 3 de la Ley de la Autoridad Reguladora el que mayores elementos ofrece a fin de que el operador jurídico pueda elaborar un concepto, pues define servicio público como "el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país **sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa**, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley." (el resaltado no es del original)

Ahora bien, ciertamente, el servicio público es un término ambiguo, con tantas definiciones como concepciones del Estado se han elaborado. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido consistentes en reconocer dos elementos básicos para su existencia, a saber: 1) que la actividad sea titularidad del Estado ("*publicatio*"); y 2) que la actividad esté dirigida al público, es decir a la generalidad de la población. Los demás elementos que aún hoy se siguen discutiendo en la doctrina y jurisprudencia pueden estar o no estar presentes, pero los dos elementos antecitados no pueden faltar. Así, de no verificarse los mismos en una determinada actividad, con absoluta certeza se puede determinar que no estamos frente a un servicio público, lo cual es coincidente con el criterio vigente de la Procuraduría General de la República sobre la noción de servicio público así expuesto en su dictamen C-165-2015 de 25 de junio de 2015 donde señaló:

"En los distintos dictámenes que han analizado el tema del servicio público en relación con la electricidad se ha enfatizado en la noción de servicio público. Se ha indicado que el concepto no es unívoco sino que es una noción cambiante y lábil (C-169-1999 de 20 de agosto de 1999). Lo que no exclu-

4 DEVOLVÉ, P. (1985). *Service Publique et Libertés Publiques?* Revue de Droit Administratif, número 1, 1985, págs. 1 y sigtes.

5 ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons, Madrid, 1993, pps. 311-313.

ye poder considerar que el servicio público es una actividad de prestación dirigida a la satisfacción de una necesidad de interés general, que es asumida por la Administración Pública bajo un régimen jurídico especial. **Dos elementos son fundamentales: el carácter de interés general de la actividad y que ésta sea asumida o prestada por una Administración Pública.** En el servicio público encontramos una actuación pública dirigida al público y que tiende a satisfacer una necesidad que —se parte— es sentida colectivamente por la sociedad. Es esa circunstancia lo que justifica la asunción pública de dicha actividad (*publicatio*).” (Resaltado es nuestro).

En conclusión, la noción de servicio público corresponde a aquella actividad dirigida al público que el Estado publica o nacionaliza únicamente mediante ley formal a fin de cumplir cometidos de interés general y de la cual, por tanto, es su titular, con exclusión de la libertad de iniciativa privada de los agentes económicos, sin perjuicio de que aquel pueda delegarles la prestación del servicio mediante concesión o permiso, lo que siempre será una potestad discrecional del Estado y nunca un derecho subjetivo preexistente de los particulares.

b. El Servicio Público Impropio

Ahora bien, como en algunas ocasiones, tanto el CONESUP como los Tribunales de Justicia de nuestro país han intentado someter a las universidades privadas a un régimen jurídico de servicio público, constreñirlas al bloque o principio de legalidad e incluso aplicarles la Ley General de la Administración Pública como si de entes públicos se tratara, todo ello con el objetivo de controlarlas más que inspeccionarlas y, en general, erosionarles sus libertades de enseñanza y de cátedra, viene a bien desmentir la pretendida naturaleza jurídica de servicio público impropio de la educación superior privada, o cuando menos desmitificar los efectos jurídicos que se le han querido endilgar.

En efecto, el término servicio público impropio es creación de Arnaldo DE VALLES en su monografía sobre *I servizi pubblici*, publica-

da dentro del Primo Trattatto de ORLANDO en 1930.⁶ En la opinión de este autor, la idea informadora de la noción de servicio público es la de que éste sea establecido para el público; es decir, para la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y con las condiciones de reclamarlo. Es, por tanto, un concepto objetivo, fundado en la función que desarrolla. Esto hace que el Derecho positivo trate como servicios públicos, tanto a los ejercitados por entes públicos como los prestados por los particulares mediante la correspondiente autorización. En el primer caso, la actividad es pública desde el punto de vista subjetivo; en el segundo, es privada y sólo se somete a ciertas normas de Derecho público. De aquí que, si bien existen muchas analogías entre ambas actividades, también se den notables diferencias. No se puede precisar abiertamente cuál de los dos tipos sea el *propio* y cuál el *impropio*, pero como no se trata de buscar la preferencia entre ambos sistemas —concluye—, sino de delimitar la noción jurídica de las dos categorías, pueden llamarse servicios públicos en el sentido propio los que son también públicos desde el punto de vista subjetivo, porque éste es el elemento que determina el carácter público de los distintos institutos. Serán, en cambio, servicios públicos en sentido impropio, según este autor, aquellos que desde el punto de vista subjetivo constituyen actividades privadas y reciben el nombre, no la cualidad, de públicos, por la tradición y por el uso común en razón de su función, pero que, sin embargo, como actividad privada están sujetos a un régimen especial de Derecho público, porque pueden estar regulados, por esta rama del Derecho muchas de las relaciones entre sus titulares y los entes públicos de una parte, y con los particulares destinatarios del servicio, de otra.

De servicio público propio sólo puede hablarse, por tanto, cuando es asumido por un ente público y se ejercita por el mismo, sea directamente sea por medio de concesionarios. En cambio, para que se dé el servicio público impropio se requieren los siguientes

⁶ DE VALLES, A. (1950). / *servizi pubblici*, Primo Trattatto de ORLANDO, VI, p. 1º, Milán, 1930, pág. 617; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milán, páginas 171 y se.

requisitos:

1) Que se trate de una actividad dirigida al público sin distinción de personas. Es lo que DE VALLES llama *La destinazione al pubblico dell'attività privata*.

2) La obligatoriedad de una tarifa.

3) Lo que mejor califica la naturaleza del servicio público impropio es el acto administrativo en virtud del cual se establece. Este acto es una autorización.⁷

Posteriormente, la doctrina administrativista se ha preocupado de distinguir conceptualmente las actividades de servicio público de un conjunto de actividades tradicionalmente desempeñadas por personas privadas que, por ser de especial interés público, ofrecen importantes semejanzas con aquéllas, pero **que NO son servicio público**. Así, los servicios públicos impropios han pasado a denominarse **actividades privadas de interés público, actividades privadas reglamentadas o disciplinadas**, precisamente para evitar la equivocidad del concepto que tiene el servicio público pues, al decir de Ariño Ortiz: "es un error metodológico (o si se quiere terminológico) seguir utilizando para estas actividades la expresión "servicio público" (aunque se le adjetive después como virtual, impropio u objetivo) si es que queremos conservar para dicha expresión un significado técnico preciso (y, por ende, un régimen jurídico específico)...Y error sería una pretendida extensión analógica a estas actividades reglamentadas, disciplinadas o programadas (que es como hay que llamar a los servicios públicos impropios) del régimen de servicio público *strictu sensu*."⁸

Entre estas actividades encontramos a las farmacias, las clínicas y hospitales privados, la banca, los seguros, la bolsa, etc. En todos estos casos la doctrina coincide en señalar que, en ninguno se da una declaración formal de servicio público, es decir no verifica la *publicatio*, razón por la cual se las considera

actividades privadas⁹, de ahí que, en relación con los centros privados de enseñanza, doctrina tan autorizada como Gómez Ferrer coincide en señalar que en estos "no estamos ante un caso de servicio público concedido, sino ante un supuesto de ejercicio de actividad privada."¹⁰

Ahora bien, ciertamente, en la sentencia N° 08911 de 23 de junio de 2006, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia determinó que la educación en general es no solamente un derecho de los ciudadanos, sino también un servicio público, "esto es, como una prestación positiva que brindan a los habitantes de la república las administraciones públicas -el Estado a través del Ministerio de Educación Pública y la Universidades Públicas- con lo cual es un servicio público propio **o los particulares a través de organizaciones colectivas del derecho privado -v. gr. fundaciones, asociaciones o sociedades- en el caso de las escuelas, colegios y universidades privadas, siendo en este caso un servicio público impropio. En este último supuesto hablamos de un servicio público impropio** toda vez que los particulares -personas físicas o jurídicas- lo hacen sometidos a un intenso y prolijo régimen de derecho público en cuanto a la creación, funcionamiento y fiscalización de esos centros privados." (El resaltado no es del original.)

Esa referencia que hace la Sala Constitucional, sin embargo, debe acotarse a su justo sentido, lo cual la misma Sala hizo en su sentencia N° 16226 de 11 de octubre de 2017 al diferenciar entre un servicio público propio e impropio:

"En razón de lo expuesto, para definir cuándo un servicio público es propio o impropio, se debe precisar la diferencia entre: 1) **la prestación del servicio por parte del Estado pero de modo indirecto a través de un sujeto de derecho privado (verbigracia un concesionario);** y 2) **la prestación del servicio direc-**

7 Ver por todos: ENTRENA CUESTA, R. (1958). «El servicio de taxis», RAP, núm. 27, pps. 29-61.

8 ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons, Madrid, pág. 311.

9 ARIÑO ORTIZ, G. (1999). *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, ed. Comares, Granada, pps. 504 a 506.

10 GÓMEZ FERRER, R. (1973). "El régimen general de los centros privados de enseñanzas", Revista de Administración Pública, núm. 70, pps. 7 y siguientes.

tamente por un sujeto de derecho privado (aunque sometido a una intensa y específica regulación). Al respecto, deviene necesario distinguir entre la concesión, el permiso y la autorización que pueden otorgar el Estado para la prestación de un servicio público. a. Con respecto a la concesión, este Tribunal, según la sentencia N° 3451-96 de las 15:33 horas de 9 de julio de 1996, precisamente referido al transporte remunerado de personas, incluyendo los taxis, indicó: "(...) b.- la concesión.- por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona -física o jurídica-, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagadas por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo; es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado, puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como cocontratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado; es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. (...) El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina

de "colaboración" y su duración es temporaria, pero ha de serlo por un lapso tal que razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario. Conviene indicar finalmente, que en algunas ocasiones el contrato de concesión puede incluir tratos especiales para el concesionario, relacionados con su actividad. La doctrina admite como posible que la administración asuma el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio, si éstas pueden afectar la prestación del mismo. (...) c.- la licitación: el procedimiento de licitación que contempla el artículo 182 constitucional resulta de interés no sólo para el Estado, sino, además, para los administrados. En términos generales podemos indicar que al Estado le interesa obtener las mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento de sus fines, incluyendo la prestación de servicios públicos en las calidades de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según sea la naturaleza del objeto, obtener las mejores condiciones económicas tanto desde el punto de vista del contratista como del costo para los usuarios. Desde la perspectiva de los particulares el procedimiento de licitación está caracterizado por el principio de publicidad, lo que a su vez garantiza la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad de participación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y por ello es el más deseable instrumento para el trámite de los contratos administrativos... b. En cuanto a los permisos, la S., en sentencia N° 2007-4467 de las 17:29 horas de 28 de marzo de 2007, indicó: "Esta S. ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el permiso reconoce un derecho al administrado a título precario que puede ser revocado sin ninguna responsabilidad para la Administración por razones calificadas de oportunidad o conveniencia. En este sentido, es necesario dejar claro que si bien, la Administración puede anular o revocar un permiso, no se encuentra obligada a incoar un procedimiento administrativo ordinario para ello, en virtud que el permiso no otorga ningún derecho subjetivo al permisionario. Esa revocación o anulación no puede ser intempestiva o arbitraria de conformidad con lo establece

el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública.” (El destacado no es original). También, mediante sentencia N° 2443-03 de las 9:57 horas de 21 de marzo de 2003, señaló: “III.- DE LA NATURALEZA DE LOS PERMISOS. El permiso es un acto que autoriza a una persona - administrado - para el ejercicio de un derecho, en principio, prohibido por el propio ordenamiento jurídico. Es una exención especial respecto de una prohibición general en beneficio de quien lo solicita. Con el permiso se tolera o permite realizar algo muy específico y determinado. Su naturaleza consiste en remover un obstáculo legal para el ejercicio de un poder preexistente, se dice que es una concesión de alcance restringido, puesto que, otorga derechos de menor intensidad y de mayor precariedad. Los caracteres del permiso son los siguientes: a) crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley, siendo que su incumplimiento implica la caducidad del permiso; b) se da intuitu personae en consideración a sus motivos y al beneficiario, en principio se prohíbe su cesión y transferencia; c) confiere un derecho debilitado o un interés legítimo, la precariedad del derecho del permisionario se fundamenta en que el permiso constituye una tolerancia de la Administración Pública respectiva que actúa discrecionalmente; d) es precario, razón por la cual la Administración Pública puede revocarlo en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento o indemnización; e) su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa, por lo que la Administración Pública pueda apreciar si el permiso solicitado se adecua o no al interés general.” **c. Sobre la autorización**, este Tribunal, mediante la sentencia N° 1996- 02981 de las 14:33 horas de 19 de junio de 1996, expuso: “III. DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS. La “autorización” es un acto administrativo que actúa como condición de validez para que una determinada actividad sea desarrollada, o el comportamiento sea realizado, en forma legítima. La autorización no le atribuye un nuevo poder o derecho a la persona a la que ha sido otorgado; sino que únicamente le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente (como en el caso en estudio, la existencia de la libertad empresa-

rial o de comercio), es decir, implica únicamente la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder o de un derecho existente; de este modo, los efectos de la autorización comienzan a correr a partir del momento en que fue emitida. (...)” **Es decir, tomando en consideración los precedentes citados, considero que en el servicio público propio, la titularidad solo atañe al Estado, pero su explotación puede ser ejercida por este directamente o la puede delegar (verbigracia mediante concesión) en un particular, eso sí manteniendo el propio Estado la titularidad del servicio. El permiso es otra modalidad para que el Estado le ceda la explotación a un particular, solo que en este caso se reconoce un derecho al administrado a título precario que en principio puede ser revocado sin ninguna responsabilidad para la Administración por razones calificadas de oportunidad o conveniencia. Por su parte, en el servicio público impropio, la titularidad le atañe a un particular, pero debido al interés general que reviste la actividad, para su prestación se requiere una autorización, es decir la habilitación por parte del Estado para su ejercicio. Así las cosas, el hecho de que la actividad prestada se revista de interés general, no implica que, inexorablemente, solo el Estado pueda ser titular de la misma.”** (Resaltado es nuestro).

De la extensa cita anterior interesa resaltar que el servicio público impropio, concepto que en todo caso se ha sustituido modernamente por los términos actividad privada reglamentada o disciplinada o actividad privada de interés público, es justamente eso: una actividad privada, regida por el artículo 28 constitucional que, sin embargo, en virtud del interés público que involucra, puede ser regulada vía ley formal. Queda claro entonces que el hecho de que la Sala Constitucional haya denominado a la educación superior privada en alguna sentencia como servicio público impropio no significa que sea servicio público ni que le aplique su régimen jurídico, tanto así que en la sentencia últimamente mencionada la Sala Constitucional incluso hace la diferenciación entre un servicio público y un servicio público impropio, partiendo de la premisa que en el primero

hay titularidad del Estado, mientras que el segundo es una actividad privada, sometida a regulación legal debido al interés público que implica, lo cual, según queda claro, no convierte a las universidades privadas ni en Administración pública, ni en funcionarios públicos, ni, por tanto, les resulta aplicable ni el bloque de legalidad ni la Ley General de la Administración Pública, así como tampoco son un concesionario de un servicio público frente al cual el CONESUP tenga potestades de modalización internas ni potestades implícitas no derivadas expresamente de la ley formal. Antes bien, todas sus potestades deben derivar directamente de la ley formal, pues las universidades ejercen su actividad de enseñanza superior universitaria en ejercicio de una libertad protegida por la propia Constitución Política, es decir, se trata de un derecho preexistente que el legislador tan solo somete a autorización previa e inspección posterior, más no a control, como sí sucede en los servicios públicos en virtud justamente de la titularidad que sobre estos tiene el Estado.

III. La Enseñanza Superior Privada es una actividad privada de interés público que no debe confundirse ni es asimilable al Régimen del Servicio Público.

En el tanto que el reconocimiento de un derecho no significa nunca su ejercicio incondicionado, una vez que el Estado ha identificado una actividad del individuo que reputa de interés público, con fundamento en los artículos 28, 45, 46 y 50 de la Constitución Política, éste puede intervenir en la misma. Sin embargo, puede hacerlo básicamente de dos formas: 1) ya sea respetando su calidad de actividad privada, regulándola; o bien, 2) convirtiéndola en servicio público.¹¹

En el caso de la educación superior privada, que está reconocida desde la Constitución Política como un derecho fundamental de libertad de enseñanza y para cuyo ejercicio se requiere una autorización reglada para la creación y funcionamiento de las universida-

des privadas, es claro que nos encontramos frente a una actividad privada reglamentada o disciplinada o actividad privada de interés público, de acuerdo con la doctrina española y la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional o servicio público impropio en la terminología italiana.¹² En cualquier caso, el fenómeno descrito se define como “una libertad del ciudadano, sometida únicamente a la fiscalización tutelar del Estado”¹³.

En este entendido, a diferencia del servicio público se caracteriza porque:

1. Es una actividad fundamentalmente privada que no está reservada al Estado.
2. No obstante ser de índole privada, reviste un interés general muy arraigado.
3. Es una actividad dirigida al público.
4. Se desarrolla en régimen de autorización y no de concesión, configurándose un régimen jurídico especial reglamentario.
5. No está asumida exclusivamente por la titularidad del Estado, aunque éste puede tener participación concomitante con los particulares en la actividad.¹⁴

Es a partir de esa comprensión que la Sala Constitucional, en su señera resolución 3550-92, quiso conscientemente separar lo que es un servicio público de una actividad privada de interés público en el siguiente sentido que vale repasar cuantas veces sea necesario:

“X - El hecho de que la enseñanza sea, precisamente, un “derecho de libertad” implica,

12 BASSOLS COMA, M. (1977). *Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares*. Revista de Administración Pública N° 82 Enero – Abril. Pág. 71. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

13 Resolución No. 3550-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

14 ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Tercera Edición. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 555-556.

11 ORTIZ ORTIZ, E. (1978). “Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica.” Revista de Ciencias Jurídicas No. 35. San José, Costa Rica. Mayo-Agosto.

entre otras cosas: (...)

b) Que, por ser precisamente un derecho humano fundamental, quien lo actúe lo hace a nombre propio, en ejercicio de una actividad de la que es titular y no de una concesión o permiso del poder público, el cual puede, a lo sumo, y siempre que lo haga por los órganos competentes y mediante el ejercicio de simples poderes de tutela, “inspeccionarlo”, valga decir, vigilar su ejercicio para garantizar, precisa y únicamente, el equilibrio armónico entre la libertad de educación del que la ofrece -educador- y la libertad de educación del que la recibe -educando-, así como fiscalizar su cumplimiento y eventualmente sancionar su incumplimiento; (...)

G - La Enseñanza Privada es de Interés Público:

XXII - No se discute que la enseñanza privada es una actividad de interés público, y es precisamente por ello que está sujeta a regulaciones generales en beneficio de la colectividad; sin embargo, esto no la convierte en una actividad ni en un servicio público -que se ejerce por el Estado o por concesión del Estado-: es, como se dijo, una libertad del ciudadano, sometida únicamente a la fiscalización tutelar del Estado.” (Resaltados son nuestros).

Nótese entonces que, el ejercicio de una libertad, como es la enseñanza privada, no puede concebirse como un servicio público cuyo titular único es el Estado que lo puede delegar en particulares por medio de una concesión. Antes bien, se trata del ejercicio de un derecho fundamental preexistente que la ley formal ha sometido a autorización previa y tan solo inspección – no control, ni fiscalización, ni supervisión - posterior. Así, es preclaro el artículo 3 de la Ley de Creación del CONESUP cuando señala que es competencia de ese órgano autorizar la creación y funcionamiento de las universidades, cuando se compruebe que se llenan los requisitos que esa ley establece, ergo, se trata incluso de una potestad reglada de CONESUP frente a un derecho subjetivo y no un mero interés legítimo que tienen los particulares de ejercer la libertad de enseñanza si cumplen

con los requisitos previstos en la ley. Por ello la ley utiliza la locución autorizar y no dar en concesión u otorgar un permiso pues, como bien lo ha delineado la Sala Constitucional, al menos en sus sentencias números 2654-97, 2981-96, 510-97 y 4305-96:

“La “autorización” es un acto administrativo que actúa como condición de validez para que una determinada actividad sea desarrollada, o el comportamiento sea realizado, en forma legítima. La autorización no le atribuye un nuevo poder o derecho a la persona a la que ha sido otorgado; sino que únicamente le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente (como en el caso en estudio, la existencia de la libertad empresarial o de comercio), es decir, implica únicamente la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder o de un derecho existente; de este modo, los efectos de la autorización comienzan a correr a partir del momento en que fue emitida. (...)” (Resaltado no es del original).

Por tanto, no es casualidad que la ley sujete a los particulares a un régimen de autorización y no de concesión, sino que es, justamente, la consecuencia lógica de que estemos frente a una actividad privada de interés público, cuya titularidad corresponde a los privados, y no a un servicio público cuya titularidad, por el contrario, corresponde al Estado. Basta para determinar esto parar mientes en que no existe ley que haya declarado expresamente que la educación superior privada es un servicio público y por tanto titularidad exclusiva y excluyente del Estado; antes bien, la propia Constitución Política define la libertad de enseñanza como un derecho fundamental e incluso le exige al Estado fomentarla, además de que la Ley que crea el CONESUP a lo que sujeta la creación y funcionamiento de las universidades privadas es a una autorización, por demás reglada.

En conclusión: ni servicio público, ni servicio público impropio sino actividad privada de interés público que, como dijo la Sala Constitucional, es ejercicio de una libertad – la de enseñar de un lado y la de aprender del otro

– y en la que, por tanto, la regulación es la excepción y solo debe hacerse vía formal, preservando el contenido esencial de los derechos fundamentales en juego y solo en caso de ser necesario, en todo caso de manera proporcionada y razonable. Ejemplos como la educación superior universitaria los hay en gran cantidad en nuestro ordenamiento jurídico y no por ello están a la libre, solo que, en virtud precisamente del principio de legalidad y de reserva de ley, solo por ley formal se pueden limitar, verbigracia: la banca, los seguros, la bolsa, las telecomunicaciones, la generación distribuida de electricidad, los hospitales privados, las farmacias, etc.

No quiere ello decir que la educación superior no sea un servicio público cuando el ente que la presta es un organismo público como es el caso de las universidades públicas. En esos supuestos, que son paralelos a la educación superior privada, se trata de los llamados **servicios públicos asistenciales o sociales** cuya particularidad es que, son actividades en cierta forma a mitad de camino entre lo público y lo privado. De un lado, se trata de actividades naturalmente inclinadas a ser públicas, por ser tendencialmente deficitarias y, de otro, en cambio, la falta de tradición en el desempeño de estas actividades por parte del Estado hizo que no se consideraran, en sentido estricto, como actividades públicas. Así, su realización por la Administración se debía a la necesidad de suplir la ausencia de iniciativa privada; por ello, el Estado no se atribuyó inicialmente su titularidad ni el monopolio de su prestación, admitiéndose naturalmente que también pudieran ser ejercidas por sujetos privados¹⁵; verbigracia, precisamente, la educación en general la asumió, tanto en su carácter básico como superior, en un principio, la Iglesia.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 55 constitucional asigna al Patronato Nacional de la Infancia, la protección especial de la madre y el menor. El numeral 73, por su lado,

encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social la administración y el gobierno de los seguros sociales. Y finalmente, el artículo 78 constitucional declara que la educación preescolar, general básica y diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación, además de que los artículos 84 y 85, por su lado, crean la Universidad de Costa Rica como institución de cultura superior y dotan a ésta, así como al Instituto Tecnológico de Costa Rica, la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia de patrimonio propio a efectos de financiar la Educación Superior Estatal.

Ello no significa, sin embargo, que toda la educación sea un servicio público, pues el mismo artículo 79 constitucional garantiza, en paralelo, la libertad de enseñanza, mientras que el numeral 80 asegura el estímulo del Estado a la iniciativa privada en materia educacional. Ergo, es claro que existe una dualidad: por un lado, las universidades públicas prestan un servicio público social o asistencial mínimo, pero, del otro, se estimula la educación superior privada. Así pues, de la misma forma que no se prohíbe a los hospitales, clínicas ni farmacias privadas dedicadas a prestar servicios de salud en régimen de coexistencia con el servicio público de seguridad social, o en su caso, los orfanatos o maternidades privadas, así como tampoco operan como servicios públicos ni se les exige una concesión como si prestaran la actividad por delegación del Estado, pues de igual forma pueden las universidades privadas ejercer la libertad de educación por derecho propio, sin delegación ni control del Estado, sino bajo la simple inspección de éste, no siendo por tanto servicio público, ni propio ni impropio, sino actividad privada de interés público.

De ahí que, estos servicios asistenciales o sociales que la propia Constitución Política crea y habilita, lo que aseguran es un mínimo de satisfacción inmediata a los individuos que están en condiciones menos favorables y que ningún operador privado estaría dispuesto a asumir, por tener éstos un fin altruista. Empero, del otro lado hay toda una oferta de servicios privados, que no son servicios

¹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda edición. Colección CEURA. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Setiembre 2000. pág. 302.

públicos, ni propios ni impropios, y cuya naturaleza es de actividades privadas de interés público, pues son ejercicio de una libertad: la de enseñanza.

Por lo tanto, la educación superior privada no es ni servicio público, ni servicio público impropio, sino actividad privada de interés público. Luego, a las universidades privadas, en el ejercicio de su libertad de enseñanza, no les resulta aplicable, ni el bloque de legalidad ni la Ley General de la Administración Pública, ni en su organización ni en su actividad, pues son personas jurídicas privadas que prestan un servicio privado, que, si bien es de interés público, se ejerce por derecho propio – fundamental, además – sujeto únicamente a las regulaciones que la ley formal les imponga, ni más ni menos.

IV. CONCLUSIONES

1. La educación superior privada en Costa Rica no constituye un servicio público, sino una actividad privada de interés público, sustentada en el derecho fundamental de libertad de enseñanza reconocido por la Constitución Política.
2. El Estado no es titular exclusivo de esta actividad, por lo que las universidades privadas ejercen la educación superior por derecho propio, sin delegación estatal, bajo un régimen de autorización previa y simple inspección, no de control ni concesión.
3. La regulación estatal debe ser excepcional, proporcional, razonable y mediante ley formal, garantizando el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados, conforme a los principios de legalidad y reserva de ley.
4. Existe una dualidad en el sistema educativo costarricense: las universidades públicas prestan un servicio público asistencial, mientras que las privadas desarrollan una actividad privada de interés público, coexistiendo en un marco jurídico diferenciado.
5. No resulta aplicable la Ley General de

la Administración Pública ni el bloque de legalidad a las universidades privadas, dado que son personas jurídicas privadas que actúan en ejercicio de una libertad constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. Tercera Edición*. Editorial Comares, Granada, 2004.

ARIÑO ORTIZ, G. (1999). *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, ed. Comares, Granada.

ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons.

BASSOLS COMA, M. (1977). Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares. *Revista de Administración Pública* N° 82 Enero – Abril. Pág. 71. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

DE VALLES, A. (1950). / servizi pubblici, *Primo Trattato de ORLANDO*, VI, p. 1°, Milán, (1930); GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milán.

DEVOLVÉ, P. (1985). Service Publique et Libertés Publiques? *Revue de Droit Administratif*, número 1.

ENTRENA CUESTA, R. (1958). «El servicio de taxis», *RAP*, núm. 27.

GOMEZ FERRER, R. (1973). “El régimen general de los centros privados de enseñanzas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 70.

GUERRERO PORTILLA, R. (2024). La inspección estatal a la libertad de enseñanza universitaria privada: su origen y concepto constitucional. En la obra colectiva: “La Constitución 75 Años Después.” San José: Universidad Escuela Libre de Derecho.

MALAVASSI VARGAS, J. G. (1986). *Verba Facere*. San José: Universidad Autónoma de Centroamérica.

ORTIZ ORTIZ, E. (1978). “Propiedad, Empresa e

Intervención Pública en Costa Rica.” Revista de Ciencias Jurídicas No. 35. San José, Costa Rica. Mayo-Agosto.

Resolución No. 3550-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda edición. Colección CEURA. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

VALVERDE BARRENECHEA, C. (2002). Semblanza. En la obra colectiva: “Ensayos en honor a Alberto Di Mare”. San José: Academia de Centroamérica.

DOCUMENTOS DIGITALES

6



PODCAST

Temporada 10 ▶

Invitado:
Dr. Alban Bonilla Sandí

EPISODIO 4

COMPARACIÓN

ÉTICA JUDICIAL - ÉTICA NOTARIAL

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 10 ▶

Invitada:
Licda. Pamela Vargas Porras

EPISODIO 5

IMPLICACIONES JURÍDICAS

DE LA INFORMALIDAD EN LOS NEGOCIOS

desafíos contractuales, patrimoniales y societarios en el ejercicio económico no estructurado

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 10 ▶

Invitado:
M.Sc. Ricardo Nassar Güell

EPISODIO 6

NUEVAS REGLAS

PARA LAS SOCIEDADES MERCANTILES:

implicaciones legales y comerciales

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 10 ▶

Invitada:
Licda. Alana Fonseca Lobo

EPISODIO 7

COSA JUZGADA

CONSTITUCIONAL:

un análisis en retrospectiva de la jurisprudencia nacional

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 10 ▶

Invitada:
Licda. Priscilla Sánchez Conejo

EPISODIO 8

PILAR DOS:

EL IMPUESTO MÍNIMO GLOBAL

y los retos de su implementación en países en vías de desarrollo con sistema de renta territorial en Latinoamérica

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 10 ▶

Invitada:
M.Sc. Cinthya Morales Herra

EPISODIO 9

PRINCIPIOS DE

TRANSPARENCIA,

Publicidad y Rendición de Cuentas: herramientas anticorrupción de la Contratación Pública

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 10 ▶

Invitado:
MS.c Carlos Fallas Navarrete

EPISODIO 10

PROCEDIMIENTO

DE DESPIDO EN LA LEY

Marco de Empleo Público y comentarios a los precedentes emitidos por el Tribunal de Servicio Civil como órgano de alzada.

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    

Temporada 11 ▶

Invitada:
Dra. Erika Hernández Sandoval

EPISODIO 1:

LA REALIDAD JURÍDICA

FRENTE A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL.

0:50 -4:30

Ayer y Hoy En La Libre ESCUELA LIBRE DE DERECHO UNIVERSIDAD SINTONIZANOS EN:    



Temporada 11

Invitado:
**M.Sc.
Eduardo
Abarca Vargas**

EPISODIO 6:
EL DERECHO DE
RECESO

0:50 -4:30

Ayer y Hoy
En la Librería

ESCUELA LIBRE DE
DERECHO
UNIVERSIDAD

SINTONIZANOS EN:



TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 19 / 1, Diciembre 2025

Costa Rica